BnF Gallica

ABD AL-RAMN IBN MUAMMAD IBN SULAYMN ?AYZDE Mama al-anhur f ?ar Multaq al-abur.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

BnF Gallica

ABD AL-RAMN IBN MUAMMAD IBN SULAYMN ?AYZDE Mama al-anhur f ?ar Multaq al-abur.. 10 octobre 1704.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
- La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
- La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

CLIQUER ICI POUR ACCÉDER AUX TARIFS ET À LA LICENCE

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

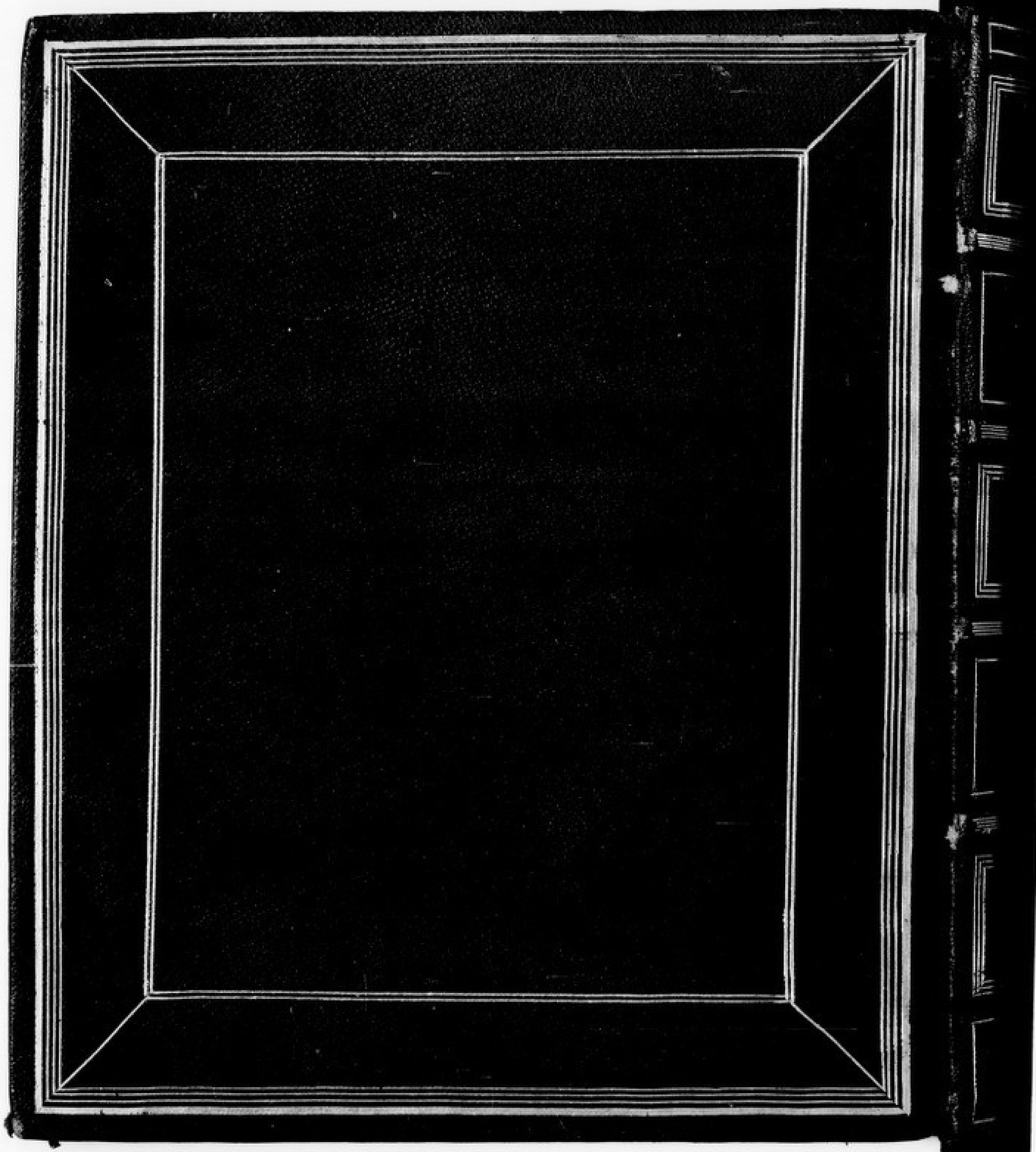
- des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
- des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter
utilisationcommerciale@bnf.fr.



Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

ARABE
963

~~Arg. [illegible]~~

~~Suppl. ar.~~

~~[illegible]~~

Suppl. ar.
n° 369
II

Volume de 618 Feuillets
9 Octobre 1872.

الجزء الثاني من شرح ملتقى الابحر لشيخي زاده

تاليف العالم العلامة البحر الفهامة
فريد عصره ووحيد دهره
مولانا واستاذنا
عبد الرحمن بن محمد
ابن سليمان
المدعو بشيخي
زاده

[illegible]

في الحاوي القدسي اذا اشترى ارض الخراج فعشر الخارج على رب الارض وقالا
على المستاجر ... ناخذ الجريب الارض البيضا الصالحة للزراعة طولها ٦٠ ذراعا
وعرضها ٦٠ كما تحقق الواعدي بذراع الملك كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضة
خراج المقاسمة ما يكون جزءا شائعا من الخارج كالربع ونحوه وخراج الوظيفة ما وظفه
عمر رضي الله عنه وهو ما اوجبه بالتمكين من الزراعة وغيرها والابد
من الزرع حقيقة انتهى . القفيز هو الصاع ثمانية ارطال .

المسمى بمجمع الانهر شرح ملتقى الابحر

والحمد لله رب العالمين

BIBLIOTHEQUE NATIONALE R.F. MANUSCRITS

Suppl. ar. N°. 869.

كتاب البيوع

وجه المناسبة بينه وبين ما قبله ان ما قبله ازالة الملك
لا الي مالك وقيد ما قبله فنزل ا لو قف منزلة البسيط من
المركب والبسيط مقدم علي المركب في الوجود فقدمه في
التعليم وهي جمع بيع بمعني مبيع كضرب الامير والبياعات
اصناف مختلفة واجناس متفاوتة او جمع المصدر
لاختلاف انواعه اما باعتبار المبيع لانه اما بيع سلعة
بسلعة ويسمي بيع مقايضة او بالثمن وهو البيع
المشهور او بيع ثمن بثمن وهو الصرف او دين بثمن وهو السلم
واما باعتبار الثمن لان الثمن الاول ان لم يعتبر يسمي
مساومة او اعتبر مع زيادة فهو المرابحة او بدونها فهو
التولية او مع النقص فهو الوضيعة اذا زيد به الحاصل
بالمصدر كمعلوم في جمع علم وهو من الاضداد يقال
علي الاخراج عن الملك والادخال فيه قال عليه
السلام لا يخطب الرجل علي خطبة اخيه ولا يبيع علي بيع
اخيه اي لا يشتري علي شرا اخيه لان المنهي عنه هو
الشرا لا البيع ويقع غالبا علي اخراج المبيع عن الملك
قصدا ويتعدي الي المفعول الثاني بنفسه وبالحرف
نحو باعه الشي وباعه منه وربما دخلت اللام فيقال بعت
الشي وبعت لك فهي زايدة وابتاع زيد الدار بمعني
اشتراها وباع عليه القاضي اي من غير رضاه وكذا الشرا
قال الله تعالي وشروه بثمن بخس اي باعوه ويقع غالبا
علي اخراج الثمن عن الملك قصدا ثم البيع لا ينعقد الا بعد
ركنه من اهله مضافا الي محل قابل لحكمه كساير العقود
وهذا كما في الحسيات فانه يحتاج ايجاد السرير الي النجار

وهو

وهو مثل العاقد في مسئلتنا والي الالة وهو مثل قوله
بعت واشتريت والي النجر وهو مثل اخراج هذا القول
علي سبيل الانشا والي المحل وهو المبيع وهذا معني قول
اهل الحكمة ان العلة علي اربعة اقسام التنبيه كالفاس
ومحلية كالخشب وفاعلية كالنجار وغائية كالنجر
وعلي هذا يخرج مسائل البيوع وغيرها من العقود
عند دخول المفسد من حيث الاهل ومن حيث المحل او غيره
فانه كما يتخلف الامر فات العقد لا ينعقد اصلا اذا
لم يكن العاقد اهلا وينعقد موقوفا عند توقف الاهلية
وكذا لا ينعقد عند فوات المحل ومشروعية البيع بقوله
تعالي واحل الله البيع وبالسنة وهي كثيرة وباجماع الامة
وبالمعقول البيع في الشرع مبادلة مال بمال لم يقل
بالتراضي ليتناول بيع المكره فانه منعقد وان لم يلزم قال
يعقوب باشا وغيره ينبغي ان يزاد قيد بطريق الاكتساب
كما وقع في الكتب لاخراج مبادلة رجلين مالهما بطريق
الهبة بشرط العوض فانه ليس ببيع ابتدا وان كان في
حكمه بقا انتهي وفيه كلام لان قوله ليس ببيع ابتدا
يقتضي ان تكون الهبة بشرط العوض في ابتدا العقد
تبرعا محضا لا مبادلة فخرج بقوله المبادلة فلا حاجة
الي هذا القيد وكذا لا حاجة الي قيد علي وجه التمليك كما
قيل لانه يفهم من المبادلة ايضا وينعقد البيع اي يحصل
شرعا بايجاب هو كلام اول من يتكلم من المتعاقدين
حال انشا البيع سمي ايجابا مبالغة لكونه موجبا
اي مثبتا للاخر خيار القبول وقبول اي من ايجاب
وقبول او بسببهما وهو كلام ثاني من يتكلم منهما في ذلك

الحال فنعلم ان هذين اللفظين اركانه فمن الظن انهما
خارجان عن حقيقة البيع وينبغي ان تكون الواو بمعنى
الفاء فانهما لو كانا معًا لم ينعقد والاطلاق شامل لانواعه
الاربعة الجائز والفاسد والموقوف والباطل كما في
القهستاني وفيه اشارة الى انه لا ينعقد بالوكيل من
الجانبين الا في الاب فانه يتولى الطرفين في مال الصغير
وفي الخانية الواحد لا يتولى العقد من الجانبين الا في
مسائل منها الاب اذا اشترى مال ولده الصغير لنفسه
او باع ماله من ولده فانه يكتفي بلفظ واحد هذا اذا
كان بلفظ يكون اصيلا في ذلك اللفظ بان باع ماله
فقال بعت هذا من ولدي فانه يكتفي بقوله بعت اما
اذا اتى بلفظ لا يكون هو اصيلا في اللفظ بان اراد
ان يبيع ماله من ولده فقال اشتريت هذا المال
لولدي لا يكفي بقوله اشتريت ويحتاج الى قوله بعت
ومنها الوصي اذا باع ماله من اليتيم او يشتري مال
اليتيم لنفسه وكان ذلك خيرا لليتيم ومنها الوصي اذا اشترى
مال اليتيم للقاضي ومنها العبد يشتري لنفسه باطل
فلا يملك كما لا يملك تزويج اليتيمة من نفسه بلفظ الماضي
كبعت واشتريت لانه انشاء في جميع العقود فينعقد به
ولان الماضي ايجاب وقطع والمستقبل عدة او امر
او توكيل فلهذا انعقد بالماضي وفي القنية ينعقد
بلفظين مستقبلين ثم قال لا ينعقد وبين التوفيق
بين القولين بانه ان اراد بالمضارع الحال ينعقد
وان اراد به الاستقبال والوعد لا لان المضارع
يحتمل الحال والاستقبال وفي التحفة باللفظين

الماضيين

من قوله وباع واما الثاني فانه لا ينعقد لنفسه لان فعله قضاء وقضاؤه لنفسه

والشرع قد اعتبر الاخبار انشاء صح

الماضيين ينعقد بدون النية واما بصيغة المستقبل لا
الا بالنية قال صاحب القنية وهذا اقرب للفقه وهو
ان الشرع جعل الايجاب والقبول علامة الرضى والاحد
والاخبار عن الحال ادل على الرضى وقت العقد من الماضي
فقول الهداية ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ
المستقبل محله ما اذا خلا عن النية او مراده المستقبل
المصدر بالسين او سوف فانه لا يحتمل غيره فلا يرد على كلام
الهداية شيء كما في المنح وفصّل المولى سعدي افندي في
هذا المحل في حاشيته فليطالع وفي المحيط سماع
المتعاقدين الايجاب والقبول شرط الانعقاد ولو سمع
اهل المجلس وقال البائع لم اسمعه ولم يكن به صمم ووقر لم
يصدق وما دل على معناهما اي معنى الايجاب والقبول
كقول البائع اعطيت او بذلت او رضيت او جعلت لك
هذا بكذا فانه في معنى بعت وللمشتري اخترت او قبلته
او فعلت او اجزت او اخذت وقد يقوم القبض مقام
القبول كما لو قال بعتك هذا بدرهم فقبضه المشتري
ولم يقل شيئا ينعقد البيع كما في الخانية وينعقد ايضا
بالتعاطي لان جوازه باعتبار الرضى وقد وجد معناه
وحقيقته ومنع الثمن واخذ المثمن عن تراض منهما في
المجلس كما قالوا وهو يفيد انه لا بد من الاعطاء من
الجانبين وعليه الاكثر كما ذكره الطرسوسي وافتى به الحلواني
وفي البزازية انه المختار لكن في التنوير ويكتفي بالاعطاء
من احد الجانبين على الاصح اذا لم يصرح مع التعاطي
بعدم الرضى وفي المنح هكذا صححه الكمال في الفتح
ونص محمد على ان بيع التعاطي يثبت بقبض احد

البدلين وهذا ينتظم المبيع والثمن وفي القاموس وغيره
التعاطي المناولة مما يقتضي الاعطا من جانب والاخذ
من جانب لا الاعطا من الجانبين كما فهم الطرسوسي وفي
الكرخي وبه يفتي واكتفى الكرماني بتسليم المبيع مع بيان
الثمن اما اذا دفع الثمن ولم يقبض فلا يجوز في النفيس
كالعبيد والجواهر والخسيس كاللحم والخبز هو الصحيح
احترازا عن قول الكرخي فانه قال انما ينعقد بالخسيس
دون النفيس ولو قال خذه بكذا فقال اخذت او رضيت
صح لان قوله خذه امر بالاخذ بالبدل وهو لا يكون
الا بالبيع فكان قال بعته منك به فخذه فقدر البيع
اقتضا فثبتت باعتباره وقرة في الولوالجية في البيوع
ثم بيت ان يبدا البايع بالايجاب او المشتري فان بدا
البايع فقال بعت عبدي هذا بالف فقال المشتري
نعم لم ينعقد لانه ليس بتحقيق وان بدا المشتري
فقال للاخر اشتريت عبدك هذا بالف وقال الاخر
نعم صح البيع لانه جواب واذا اوجب احدهما اي احد
المتعاقدين فللاخر ان يقبل كل المبيع بكل الثمن
في المجلس اي في مجلس الايجاب اعم من ان يكون
بالخطاب او بالرسول كما اذا قال الرسول قل لفلان
بعت عبدي منه بكذا فذهب الرسول فاخبره فقال
المشتري في مجلسه ذلك اشتريت او بالكتاب لان كلا
منهما سفير فمجلسه كمجلس العقد بالخطاب فلو قال
بعت منه فبلغه يا فلان فبلغه هو او رجل اخر جاز
بخلاف ما لم يقل بلغه فبلغه فقبل لا يجوز لان شرط
العقد في البيع لا يتوقف على قبول غايب اتفاقا كما في
النكاح

على يتوقف شطر العقد من الزوج على قبول الاخر وراء المجلس

النكاح على الاظهر عند الطرفين وفي الزاهدي لو قال
بعت من فلان الغايب فحضر الغايب في المجلس وقال
اشتريت صح او يترك كل المبيع بعينه اذا قال البايع
بعت هذه بكذا فالاخر بالخيار ان شا قبله وان شا رد
لانه مخير غير مجبر فيختار ايهما شا وهذا لخيار القبول
يمتد الى اخر المجلس للحاجة الى التفكر والتروي والمجلس
جامع للمتفرقات فاعتبر ساعاته ساعة واحدة دفعا
للعسر وتحقيقا لليسر وعند الشافعي لا يمتد بل هو على
الفور لا يقبل الاخر بايعا كان او مشتريا بعضا دون بعض
اي ليس له ان يقبل كل المبيع فان من عادة التجار ضم الردي
فينتقض بذلك المشتري يرغب في الجميع فاذا فرق البايع
الصفقة عليه يتضرر الا ان يرضى الاخر بذلك المشتري في
المجلس بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم عليه
الثمن بالاجزا كعبد واحد او مكيلا او موزونا فاما ما لا ينقسم
الا بالقيمة كثوبين او عبدين فلا يجوز وان قبل الاخر
الا اذا بين كل مما قبل الاخر ومما ترك لان ذكره دليل على
رضاه بالتفريق ولان الايجاب ح في معنى ايجابات
متعددة اما اذا كرر في البيان لفظ البيع بان قال بعتك
هذين العبدين بدرهمين بعت هذا بدرهم فيجوز عندهما
وبعت هذا بدرهم فيجوز اتفاقا واما اذا لم يكرر بان قال
بعتك هذين بدرهمين كل واحد بدرهم فيجوز عندهما
خلافا للامام بنا على ان البيع يتكرر بتكرر لفظ بعت
عنده وبتفصيل الثمن عندهما كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا
ينبغي للمص ان يذكر الخلاف كما هو دابهم تدبر وان رجع
الموجب سوا كان بايعا او مشتريا او قام احدهما يعني

او ببعض الثمن او ببعضه بكله او ببعضه لانه تفريق الصفقة وانه ضرر بالبايع صرح به صح

اي الجيد في البيع لتجوز الردي فلو صح التفريق يزول الجيد عن ملكه ويبقى الردي صح

لو كانا قاعدين فقام احدهما عن المجلس قبل القبول ظرف
لرجع وقام بسبيل التنازع بطل الايجاب اما الاول فلان
المانع من الرجوع لزوم ابطال حق الغير وهو منتف ههنا
لان الايجاب لا يفيد الحكم بدون القبول فان قيل ان كان
الموجب المشتري ففي رجوعه ابطال حق البائع وهو تملكه
الثمن وان كان البائع ففي رجوعه ابطال لحق المشتري وهو
تملكه المبيع اجيب بان الحق للموجب لانه اثبت ولاية التملك
للاخر وبان حق التملك لا يعارضه حقيقة الملك للبائع
لكونه اقوى منه واما الثاني فلان القيام دليل الاعراض
والرجوع ولهذا ذكر قبل القبول فان قيل الصريح اقوى من
الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي ان لا يثبت الرجوع
اجيب بان الايجاب بطل بما يدل على الاعراض فلا يوثر الصريح
بعده وفي الفتح وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما اذا تبايعا
وهما يمشيان او يسيران ولو كانا على دابة واحدة فاجاب
الاخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار
غير واحد كالطحاوي وغيره انه ان اجاب على فور كلامه
متصلا جاز وفي الخلاصة عن النوازل اذا اجاب بعد ما مشى
خطوة او خطوتين جاز ولا شك انهما اذا كانا يمشيان
متصلا لا يقع الايجاب الا في مكان اخر بلا شبهة وقال الصدر
الشهيد لا يصح في ظاهر الرواية ولو كان المخاطب في صلاة
فريضة ففرغ منها واجاب صح وكذا في الخلاصة نافلة فضم
الى ركعة الايجاب اخرى ثم قبل بخلاف ما لو اكمل الا اذا
اشتغل بالاكل ولو ناما جالسين لا يختلف بخلاف ما لو ناما
مضطجعين او احدهما ولو كانا قائمين او واقفين فنام
او احدهما بطل الايجاب وكذا لو لم يتم ولكن يشتغل في

اربعا ولو كان في يده كوز فشرب ثم اجاب وكذا لو [illegible] الا لقمة لا يتبدل المجلس [illegible]

المجلس

5

6

المجلس بشيء غير البيع بطل الايجاب كما في اكثر المعتبرات فعلى
هذا ان ما في الاصلاح او قام ايهما لم يقل عن مجلسه لان
الايجاب يبطل بمجرد القيام وان لم يذهب عن المجلس لدلالته
على الاعراض فيه كلام لوجود دليل الاعراض بدون القيام والمراد
بذكر القيام تبدل مجلس القيام مطلقا كذا في الجوهرة
وان كان قائما فقعد ثم قبل فانه يصح لانه بالقعود لم يكن
معرضا وفي القنية رجل في البيت فقال للذي في السطح بعته
منك بكذا فقال اشتريت صح اذا كان كل واحد منهما يرى صاحبه
ولا يلتبس الكلام للبعد وكذا اذا تعاقدا وبينهما النهر
والسفينة كالبيت واذا وجد الايجاب والقبول من
المتعاقدين لزم البيع وفيه اشارة الى ان البيع يتم بهما
ولا يحتاج الى القبض ولا الى اجازة البائع بعدهما
في الصحيح بلا خيار مجلس الا من عيبه او عدم رؤية وقال
الشافعي لا يلزم به بل لهما خيار المجلس لقوله عليه السلام
المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا فان التفرق عرض فيقوم
بالجوهر وهو الابدان ولنا قوله عليه السلام لا ضرر في
الاسلام وفي اثبات الخيار لاحدهما اضرار للاخر فلا يثبت
والخبر مروي محمول على خيار القبول وتفرقهما محمول على
التفرق بالاقوال بان قال احدهما بعت وقال الاخر اشتريت
لانا في رواية عن النبي عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم
يتفرقا عن بيعهما وهذا لان الاحوال ثلاثة اقسام قسم لم يوجد
فيه ركن ما وهي حالة الهيئة وقسم وجد فيه ركنان وقسم
وجد فيه احدهما دون الاخر فيقول لهذا الاسم وهو كونهما
متبايعان قبل صدور الركنين وبعده بطريق المجاز باعتبار
ما يؤول في الاول وباعتبار ما كان في الثاني وفيما

وفيما اذا وجد احدهما دون الاخر بطريق الحقيقة فيكون م
مرادا والاخر محتمل للارادة وتمامه في الغاية ويصح البيع
في العوض المشار اليه مبيعا كان او ثمنا فان كلا منهما عوض
عن الاخر والحكم المذكور مشترك بينهما ولذلك قال في العوض
ولم يقل في الثمن كما في الاصلاح وقال سعدي افندي
وتقرير صدر الشريعة صريح في ان المراد بالاعواض فتامل
في المصرح بلا معرفة قدره ووصفه لان الاشارة اقوى
اسباب التعريف وجهالة القدر والوصف معها لا تفضي الى
المنازعة فلا تمنع الجواز لان العوضين حاضران والاموال
الربوية مستثناة من هذا الحكم فان بيع الحنطة بجنسها
مثلا لا يجوز بالاشارة لاحتمال الربوا وكذا السلم فان
معرفة قدر راس المال شرط عند الامام اذا كان مما
يتعلق العقد على مقداره كما سيأتي في بابه لا يصح
البيع في غيره اي في غير المشار اليه بلا معرفة قدره
كعشرة ونحوها وصفته ككونه مصريا او دمشقيا لان
جهالته تفضي الى النزاع المانع من التسليم والتسلم
فيعرى العقد عن المقصود وكل جهالة هذه صفتها تمنع
الجواز هذا فيما يحتاج الى التسليم وفيما لا يحتاج اليه كما
اذا قال بعت منك ما عندك فاشتراه منه ولم يعرفا مقداره
جاز كما في الزاهدي وصح البيع بثمن حال او مؤجل لاطلاق
قوله تعالى واحل الله البيع باجل معلوم معناه اذا بيع
بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لانه لو بيع بجنسه وجمعهما
قدر لم يجز تاجيله كما في المنح فقيد بمعلوم لان جهالة
الاجل تفضي الى المنازعة فالبائع يطالبه في مدة
قريبة والمشتري يأباها فيفسد فان اختلفا في الاجل

فالقول

او يحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما ان احدهما مراد صح

فالقول قول من ينفيه وكذا لو اختلفا في قدره فالقول
لمدعي الاقل والبينة بينة المشتري في الوجهين وان اتفقا
على قدره واختلفا في مضيه فالقول للمشتري انه لم يمض
والبينة بينته ايضا كما في الجوهرة وقيد بالثمن لان المبيع
اذا كان عينا لا يصح الاجل فان شرط فيه الاجل فالبيع
فاسد لان التاجيل في الاعيان لا يصح وفي المنح لو باع
مؤجلا انصرف الى شهر لانه المعهود في الشرع في السلم
واليمين في ليقضين دينه اجله وفي شرح المجمع لو مات
البايع لا يبطل الاجل ولو مات المشتري حل المال لان فائدة
التاجيل ان يتجر فيؤدي الثمن من نماء المال فاذا مات من له
الاجل تعين المتروك لقضاء الدين فلم يفد التاجيل ولو
اشترى باجل سنة غير معينة فمنع البائع المبيع ولم يسلمه
حتى مضت السنة ثم سلم المبيع فللبائع وللمشتري اجل
سنة اخرى عند الامام لان التاجيل للتصرف في المبيع
وايفاء الثمن بواسطته وكان على سنة مجهولة على سنة
مبدأها قبض المبيع عرفا محصلا لفائدة التاجيل خلافا
لهما فان عندهما لا اجل بعد سنة لانه اجل سنة وقد مضت
فصار كما لو قال الى رمضان وفي البحر عليه الف ثمن جعله
الطالب نجوما ان اخل بنجم حل الباقي فالامر كما شرطا وان
اطلق الثمن والمراد من الاطلاق ان يكون مطلقا عن قيد
الحلول وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمى قدره بان قال
بعته بعشرة دراهم مثلا فان استوت مالية النقود بان
لا يكون بعضها افضل من بعض مع تفاوت انواعها ورواجها
صح البيع ولزمه ما قدر من عشرة وغيره من اي نوع كان
اي الاحاد او الثنائي او الثلاثي لان الواحد من النوع

من

يات
الاول والاثنين من الثاني والثالث من الثالث متساو
في المالية والرواج فللمشتري يعطي اي نوع يريد اذ لا نزاع
عند تفاوت المالية وهو المانع في الجواز وان اختلفت في
رواجها فمن الاروج اي اروج النقود في البلد اذ المتعارف
بين الناس المعاملة بالنقد الغالب فالتعيين بالعرف
كالتعيين بالنص فيعتبر مكان العقد فلو باع شيئا في بلد
بصرة بكذا من الدنانير فلم ينقد الثمن حتى وجد المشتري
ببخارا يجب عليه الثمن بعيار بصرة كما في الخ انه وان استوى
رواجها لا ماليتها بان يكون بعضها افضل من بعض فسد
البيع للجهالة المفضية الى النزاع ما لم يبين انه من اي
نوع فاذا بين تندفع الجهالة المانعة من التسليم فيصح
فالحاصل ان المسئلة رباعية لانها اما ان تستوي في
الرواج والمالية معا او تختلف فيهما او تستوي في احدهما
والفساد في صورة واحدة وهي الاستواء في الرواج مع
الاختلاف في المالية والصحة في ثلاث صور فيما اذا كانت
مختلفة في الرواج والمالية فينصرف الى الاروج وفيما اذا
كانت مختلفة في الرواج مستوية في المالية فينصرف
الى الاروج ايضا وفيما اذا استوت فيهما واما الاختلاف
في الاسم كالمصري والدمشقي فيخير المشتري في دفع
ايهما شاء كما في المنح ويصح البيع في الطعام وهي الحنطة
ودقيقها وكذا سائر الحبوب كالعدس والحمص وغيرهما
وقال بعض المشايخ ما يقع في العرف على ما يمكن الاكل من
غير ادام كاللحم المطبوخ والشوي ونحوه قال الصدر
الشهيد وعليه الفتوى وكل مكيل وموزون كيلا في
الكيلي ووزنا في الوزني وما ورد الشرع بكيله فهو
كيلي

قوله عم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا بيع بجنسه صح

كيلي ابدا وما ورد بوزنه فهو وزني ابدا وما لم يرد فيه
شيء يعتبر العرف فيه وكذا يصح بيع الكيلي والوزني
جزافا وهو البيع بالحدس والظن بلا كيل ولا وزن ان
بيع بغير جنسه مجازفة فانه لا يصح لاحتمال الربوا الا
اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع لعدم المعيار
الشرعي وهو نصف الصاع ويصح بيع الكيلي باناء معين
او بيع الوزني بوزن حجر معين كل منهما لا يدري قدره
اذا لم يحتمل الاناء النقصان والحجر التفتت كان يكون
من خشب او حديد فان احتملهما لم يجز وكذا اذا باعه
بوزن شيء يخف اذا جف كالخيار والبطيخ لان الجهالة لا تفضي
الى المنازعة لان المبيع يوجب التسليم في الحال وهلاكه
قبل التسليم نادر وبه اندفع ما روي عن حسن من عدم
الجواز للجهالة كما في المنح وغيره لكن التعليل يقتضي البيع
حالا فلا يتصور التفتت والجفاف في الحال فينبغي ان يجوز
مطلقا سواء احتمل التفتت والجفاف اولا الا في السلم لان
التسليم فيه متأخر الى حلول الاجل فيحتملهما فيحتاج الى
ان يحمل عليه تامل وفي التبيين هذا اذا كان الاناء لا
ينكبس بالكبس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف
واما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا في قرب (الماء)
استحسانا بالتعامل فيه روي ذلك عن ابي يوسف ومن باع
صبرة وهي بالضم ما جمع من الطعام كل صاع بدرهم من صبرة
بدرهم صح في صاع واحد فقط عند الامام لان ما سماه
وهو الصاع الواحد معلوم القدر والثمن فيجوز البيع
فيه وما وراءه مجهول القدر والثمن فلا يجوز فيه الا
ان يسمي جملتها اي جملة مسماها في العقد بان قال

بجميع هذه الصبرة على ثمانماية صاع بثمانماية درهم فيصح في
جملتها لارتفاع الجهالة وللمشتري الفسخ بالخيار وان
كيل وصلبة كيل مجهول كالا وسمي مجهول سمي جملتها اي جملة
الصيعان في المجلس بعينه بعد ذلك اي بعد البيع ظرف لكيل وتسمي
على طريق التنازع وفي اطلاقه يشعر بان الخيار ثابت له
مطلقا اما في كيلها او تسميتها في المجلس فلان الثمن كان مجهول
المقدار في ابتدا بيع الصبرة وكان يحتمل ان يكون الثمن
في ظنه اقل من الذي ظهر فلما انكشف الحال بكيلها او
تسميتها ثبت له الخيار واما عدم كيلها وعدم تسميتها فلان
الصفقة تفرقت على المشتري لانه اشترى صبرة المبيع في ضمـ
منها اي من القطيع عند الامام لانه ينصرف الى الواحد والواحد
منها متفاوتة فلا يصح البيع في واحد منها بخلاف مسئلة
الصبرة وكذا لا يصح لو باع ثوبا كل ذراع بدرهم عند الامام
لما مر اطلق الثوب تبعا لما في الكنز للتوت وقيده العتابي
بثوب يضره التبعيض اما في الكرباس فينبغي ان يجوز عنده
في ذراع واحد كما في الطعام لان التبعيض لا يضره كما في البحر
لكن الجملة تراعي في الجنس لا في كل فرد فاذا وجد التفاوت
في جنس الثوب اعتبر الحكم في الكل تدبر وفي المنح نقلا عن
القنية اشترى ذراعا من خشبة او ثوب من جانب معلوم
لا يجوز ولو قطعه وسلمه لم يجز ايضا الا ان يقبل وعن
ابي يوسف هو اذن وعن محمد فساده ولكن لو قطع وسلم
فليس للمشتري الامتناع وعلى هذا لو باع غصنا من شجرة
من موضع معلوم حتى لو اشترى الاوراق باغصانها اتفاقا
فكان موضع قطعها معلوما ومضى وقتها فليس للمشتري
ان يسترد الثمن وكذا لا يصح كل معدود متفاوت كالبقر

وانعقد البيع في قفيز كما
في شرح المجمع ومن باع قطيع
غنم كل شاة بدرهم لا يصح

والابل

والابل والعبيد والبطيخ والرمان والسفرجل لما ذكرناه
بخلاف المتقارب كالجوز لعدم التفاوت وعندهما والائمة
الثلاثة يصح في الكل اي في كل المبيع في جميع ذلك المذكور
من الصبرة والقطيع والثوب والمعدود المتفاوت لان زوال
الجهالة بيدهما فلا تفضي الى المنازعة لانها تزول
بالكيل والعد والذرع ومثل ذلك لا يعد مانعا فلان فيها من
طريق المعرفة كقيام حقيقة المعرفة في حق جواز البيع كما
لو باع عبدا بوزن هذا الحجر ذهبا او بهذه الدراهم ولا
يعلم وزنها ولعل ان المرجح قول الامام لانه قدمه
كما هو دابه لكن ظاهر ما في الهداية ترجيح قولهما لتاخير
دليلهما كما هو عادته وصحح في الخلاصة والزاهدي
وغيرهما بان الفتوى على قولهما تيسيرا على الناس كما
في البحر وقد وضعت ضابطا فيها لم اسبق اليه لكلمة
كل بعد تصحيحهم بانها للاستغراق افرادا وما دخلت في
المنكر واجزائه في المعرف وهو ان الافراد
ان كان مما لا يعلم نهايتها فان لم تفض الجهالة الى
المنازعة فانها تكون على اصلها من الاستغراق كمسئلة
التعليق والاقرار بالدفع عنه والا فان كان لا يمكن معرفتها
في المجلس فهي على الواحد اتفاقا كالاجارة والاقرار
والكفالة والا فان كان الافراد متفاوتة لم يصح في
شي عنده كبيع قطيع كل شاة بكذا وصح في الكل عندهما
كالصبرة والا صح البيع في واحد عنده كالصبرة انتهى
وان باع صبرة على ثمانماية قفيز بثمانماية درهم فكيلت
فوجدت اقل من ثمانماية مثلا او اكثر من الثمانماية
تخير ان شاء اخذ المشتري الاقل بحصته

بالكسر اي بنصيبه من المائة واسقط ثمن ما عداه لعدم الضرر
من النقصان او فسخ البيع ان شاء بالاجماع لعدم رضائه
بالاقل والزائد للبايع لانه في الكمية المنفصلة قدر واصل
فلا يكون للمشتري لان البيع وقع على قدر معين فلا يستحق
الزيادة بلا العقد المعين ومن هنا ظهر انه ان وجد ما فيه
ففيه يجوز البيع في الكل بلا اختيار لواحد منهما اجماعا
وفيه اشارة الى ان التخيير فيما اذا لم يقبض شيئا منه فلو
قبض كان بمنزلة الاستحقاق بلا اختيار له كما في الخانية
وفي المذروع يعني لو اشترى ثوبا على انه مائة ذراع
بمائة درهم فوجد اقل خير المشتري ان شاء اخذ الاقل بكل
الثمن اي بمجموعه لان الاخذ باعطاء جميع الثمن نافع للبايع
لاخذه الثمن بلا نقصان مع عدم المنع من جانب الشرع لان
لان الذرع وصف في المذروع لكونه عبارة عن الطول
ففواته لا يوجب سقوط شيء من الثمن للعيب او فسخ اي ان
شاء يفسخ لعدم انعقاد البيع حقيقة اذ لم يوجد المبيع المعين
فيكون اخذه بكل الثمن على وجه التعاطي والزائد له اي للمشتري
بلا زيادة قضاء وليس له ديانة كما في القهستاني بلا خيار
البايع لانه وجد المبيع مع زيادة وهي في الكمية المتصلة
صفة وتبع فلا يقابله شيء من الثمن كما لو باعه على انه
معيب فوجده سليما فالبايع لا يخير بل يجبر على التسليم
وحاصله ان القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن قدر
واصل فالمكيل والموزون لا يتعيبان بالتبعيض من
حيث الذرع وصف وتبع فالمذروع يتعيب به وفي العناية
تفصيل فليراجع وان سمى لكل ذراع قسطا من الثمن
بان قال بعتك هذا الثوب على انه مائة ذراع بمائة

درهم

درهم كل ذراع بدرهم فوجده المشتري اقل من القدر
المسمى ان شاء اخذ الاقل بحصته الاقل من الثمن لا بكل
الثمن لان الذرع هنا اصل مقصود بقوله كل ذراع بدرهم
وترك كل بمنزلة ثوب على حدة وان شاء يترك لان المبيع
اذا لم يوجد كاملا لا يوجد العقد حقيقة فيكون اخذه على
وجه التعاطي وكذا الزائد اي لو وجده المشتري اكثر من القدر
المسمى خير بين ان يأخذ الزيادة بحسابه كل ذراع بدرهم
واحد الى غايته فلا بد من رعاية هذا المعنى وبين ان يفسخ
دفعا للضرر التزام الزائد وعن هذا قال وله اي للمشتري
الخيار في الوجهين اي في النقصان والزيادة وفيه اشارة
بان ثبوت الخيار فيهما يدل على بقاء العقد الاول فيهما الا في قول
الشافعي بطل البيع وفي العناية كلام فليطالع وصح بيع
عشرة اسهم او اقل او اكثر من مائة سهم من دار او غيرها
بالاتفاق لان العشرة منها اسم لجزء شائع والسهم ايضا اسم
لشائع لا لموضع معين وبيع الشائع جائز فيصير من له عشرة
اسهم شريكا لمن له تسعون سهما فلا يؤدي الى المنازعة لا يصح
بيع عشرة اذرع من مائة ذراع منها اي من الدار عند
الامام لان المبيع معين قدرا ومجهول محلا لتفاوت
جوانب الدار في القيمة فصار كبيع بيت من بيوت الدار
بغير تعيين وذكر الخصاف ان الفساد عنده اذا لم يعلم
جملة الذرعان واما اذا علم جملتها فيجوز عنده والصحيح
انه لا يجوز عنده مطلقا وعندهما يصح البيع فيهما في
اي في الاسهم والاذرع اذا كانت الدار مائة ذراع لان
عشرة اذرع من مائة ذراع منها عشرها كعشرة اسهم من
مائة سهم فتخصيص الجواز باحدهما تحكم ولو باع عدلا

لان البايع عنى بقوله كل ذراع بدرهم ان كل واحد من الذراعان المسمى بالدراهم صح

عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومن عدل
الحمل على انه عشرة اثواب بعشرة دراهم او اقل او اكثر
فاذا هو اقل من المسمى او اكثر من المسمى فسد البيع في
الصورتين لعدم العلم بالثمن المعدوم المتفاوت في
الاقل فيؤدي الى النزاع وجهالة البيع في الاكثر لانما
زاد غير معلوم فيما بين الجملة فلا يمكن الرد لوقوع
المنازعة والتعارض فيما بينهما فيفسد وفي البحر ولو
اشترى ارضا على ان فيها كذا نخلة مثمرا فوجد فيها نخلة
لا تثمر فسد وفي التنوير لو باع عدلا او غنما واستثنى
واحدا بغير عينه فانه فاسد ولو بعينه جاز البيع ولو
فصل الثمن بان قال بعتك هذا العدل على انه عشرة
اثواب بكل ثوب بدرهم فكذا يفسد البيع في الاكثر اي فيما
اذا كان احد عشر مثلا لان العقد يتناول العشرة فعلى
المشتري رد الثوب الزائد وهو مجهول لاحتمال كونه جيدا
او رديا وفيها لانه يصير البيع ايضا مجهولا فيفسد ويصح
البيع في الاقل بحصته يعني اذا كان تسعة مثلا لان حصة
المعدوم معلومة وهو درهم لكل ثوب فيكون حصة
الباقي معلومة ايضا ويخير المشتري ان شاء اخذ الموجود
بحصته من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه وان
باع ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه اي الثوب
المشتري بعشرة دراهم لو كان الثوب عشرة ونصفا بلا خيار
لحصول النفع له كالصفة وياخذ الثوب المشتري بتسعة
دراهم لو كان الثوب تسعة ونصفا بخيار لفوات الوصف
المرغوب فيه وهذا عند الامام لان الذرع وصف في
الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع

فعند

اي فيما اذا وجده عشرة ونصفا بعشرة في الثاني اي

فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وعند ابي يوسف يخير المشتري
في اخذه بلا جبر في الاول وفيما اذا وجد تسعة ونصفا
لانه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على
حدة وقد انتقص وعند محمد ياخذه في الاول
اي فيما وجده عشرة ونصفا بعشرة ونصف وفي الثاني
فيما وجده تسعة ونصفا بتسعة ونصف لان من ضرورة
مقابلة الذراع بالدراهم مقابلة نصفه بنصفه وقيل هذا في
ثوب يضره القطع واما الكرباس الذي لا يضره القطع ولا
يتفاوت جوانبه فلا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط

فصل

فيما يدخل في البيع تبعا بغير تسمية وما
لا يدخل والاصل ان كل ما هو متناول اسم المبيع
عرفا او كان متصلا بالمبيع اتصال قرار او كان من
حقوق المبيع ومرافقه يدخل في المبيع بلا ذكر صريح
ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان
يفصله البشر بالاخرة ليس باتصال قرار وما وضع
لا لان يفصله منه فهو اتصال قرار ثم فرع على هذا الاصل
فقال يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار بلا ذكر لان
البناء متصل بالارض اتصال قرار فيدخل في البيع تبعا
وكذا مفتاح غلق متصل بباب الدار بخلاف المنفصل وهو
القفل ومفتاحه لا يدخلان والبناء في الاصل يعني للبيت
ويدخل فيه الباب والسلم ولو من خشب ان كان متصلا
به بخلاف المنفصل والسرير كالسلم وفي التبيين ينبغي
ان يدخل مطلقا في عرف اهل مصر لان بيوتهم طبقات
لا ينتفع بها بدونه وفي المنح ويدخل الحجر الاسفل من
الرحى وكذا الاعلى استحسانا اذا كانت مركبة في الدار

لا المنقولة وفي الخانية لو اشترى بيت الرحى بكل حق هو
له او بكل قليل وكثير هو فيه ذكر محمد في الشروط انه له
الاعلى والاسفل وكذا الوكاف فيه قد تخاس موضوعا
بالارض وقيل الاعلى لا يدخل وتدخل الاشجار في صحنها
والبستان فيها صغيرا او كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل
وان كان له باب في الدار وقيل ان كان صغيرا من الدار
والبكرة على البير ولا يدخل الدلو والحبل المعلقات عليها
الا اذا قال بمرافقها وفي المبتغى وثياب الغلام والجارية
يدخل في البيع الا ان يكون ثيابا غالية اذ العرف جار
على ثيابه البذلة ثم البايع بالخيار ان شا اعطى الذي عليه
وان شا اعطى غيره وخطام البعير والحبل المشدود في عنق
الحمار والعذار والبرذعة والاكاف يدخل للعرف بخلاف
سرج الدابة ولجامها والحبل المشدود على قرن البقرة
والجمل وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان
والعجول والحملان ان ذهب به مع الام الى موضع البيع
دخل فيه للعرف والا فلا وكذا يدخل الشجر في بيع
الارض بلا ذكر مثمرة كانت الاشجار او لا على الاصح اذا
كانت موضوعة في الارض للقرار فتدخل تبعا صغيرة
كانت او كبيرة الا اليابسة فانها على شرف القطع
فهي كالحطب الموضوع وقيدنا بكونها موضوعة في الارض
لانها لو كانت في اشجار رضا دخول في فصل الربيع وتباع
فانها ان كانت تقلع من اصلها تدخل في البيع وتكون
للمشتري وان كانت تقطع من وجه الارض فهي للبايع
الا بالشرط وفي البحر باع ارضا فيها قطن لم يدخل القطن واما اصله
فمنهم من قال لا يدخل على الصحيح واما الكراث وما كان منه

ثم ما كان

ومفتحه فيه يدخل وان اكبر ومثلها الا وكذا لا تدخل البير الكاينة في الدار صح

فكان على ظاهر الارض لا يدخل وما كان مغيبا في الارض
من اصوله اختلفوا فيه والصحيح انه يدخل وفي الكرخي
والاصل ان ما كان لقطعه مدة معلومة فهو كالثمر فلا
يدخل وما ليس لقطعه مدة معلومة يدخل كالشجر وفي شجرة
الخلاف للمشتري وكذا كل ما كان له ساق ولا يقطع اصله
حتى كان شجرا واصل الاس والزعفران للبايع والقصب في
الارض كالثمر واما عروقها فتدخل في البيع واما قوايم الخلاف
والباذنجان تدخل في البيع ذكره السرخسي والامام الفضلي
جعل قوايم الخلاف كالثمر بلغ او انقطع او لا وبه يفتى ولو
اطلق شرا الشجرة اي لم يعين بان شراها للقطع او للقرار
دخل مكانها اي مكان الشجرة من الارض عمقا وغلظا في البيع
عند محمد هو المختار لتضمنه القرار اذ الشجر اسم للمستقر
على الارض ولا قرار به ونها فيتقدر بقدرها كما لو اقر
بالشجر تعلقات تدخل ارضها وكما لو اقتسموا وقيل يتقدر
بقدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر
عروقها العظام هذا اذا لم يعين قدرا فان عين يدخل
المعين بلا خلاف الا ابي يوسف فانه قال يدخل عينها لا غير
كما في الشرا للقطع اذ الارض اصل والشجر تبع فلو دخلت
الارض يصير الاصل تبعا قيد بالاطلاق لانه لو اشتراها
للقطع لا يدخل الارض اتفاقا وان اشتراها للقرار دخل
ما تحت الشجرة من الارض بقدر غلظها دون ما تنتهي الى
العروق اتفاقا ولا يدخل الزرع في بيع الارض بلا ذكره
بالاجماع لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع
في البيع البيت ولا يدخل الثمر في بيع الشجر الا باشتراطه
اي باشتراط المشتري دخول الزرع في بيع الارض

ودخول الثمر في بيع الشجر لقوله عليه السلام من باع نخلا
او شجرا فيه ثمرة فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع اي
يقول المشتري اشتريتها مع زرعها ومع ثمره فيدخل
والا فلا مطلقا وعند الائمة الثلاثة لو كانت موبرة
يدخل والا فلا وان وصلية ذكر الحقوق والمرافق
لانها ترجع الى مثل المسيل والشرب والطريق لا الى الزرع
والشجر فلو قال بعتكها بكل قليل او كثير هو له فيها او منها
من حقوقها او من مرافقها لا يدخل وان لم يقل من حقوقها
ومرافقها دخلا اتفاقا لانه ح يكون من المبيع بخلاف
الثمر المجذوذة او الزرع المحصود حيث لا يدخل الا
بالتنصيص عليه ويقال للبائع على تقدير عدم الدخول
اقلعه اي الزرع او اقطعها اي الثمرة وتانيث الضمير
لما ان الاسم الذي يفرق بينه وبين واحده التاء يذكر
ويونث وسلم المبيع فان التسليم لازم عليه وذلك لا يكون
الا بالتخلية وعند الائمة الثلاثة للبائع تركهما حتى
يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع وكذا لا يدخل في
بيع الارض حب بذر ما فيها مجهول صفته ولم ينبت بعد
او نبت وما صار له قيمة وتعرف قيمته بتقويم الارض مبذورة
وغيرها فان كانت قيمته مبذورة اكثر علم انه صار متقوما
وان نبت البذر ولم تصر له قيمة بعد دخل في البيع وقيل
لا يدخل وصرح في التجنيس بان الصواب الدخول كما
نص عليه القدوري والاسبيجابي وفصل في الذخيرة في
غير النابت بين ما اذا لم يعفن اولا فان عفن فهو
للمشتري لان العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار
كجزء من اجزاء الارض وفي البحر وصحح في السراج عدم

الدخول

الدخول الا بالذكر وصحح في المحيط دخول الزرع قبل النبات
فالصواب دخولهما لا قيمة له فاختلف الترجيح فيما لا قيمة له
وعلى هذا الخلاف الثمر الذي لا قيمة له ومن باع ثمرة بدا
صلاحها او لم يبد من البدو بالضمات والتشديد الظاهر
الظهور
صح لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في
المآل وقيل لا يجوز قبل بدو الصلاح وهو قول الائمة
الثلاثة واعلم انه قبل بدو صلاحها لان بيعها قبل البدو
لا يصح اتفاقا وقبل بدو الصلاح بشرط القطع في
المنتفع به صحيح اتفاقا وبعد ما تناهت صحيح اتفاقا
اذا اطلق واما بشرط الترك ففيه اختلاف سيأتي فصار
محل الخلاف البيع بعد الظهور قبل بدو الصلاح مطلقا
اي بلا شرط القطع ولا بشرط الترك فعند الائمة الثلاثة
لا يجوز وعندنا يجوز ولكن اختلفوا فيما اذا كان غير
منتفع الان اكلا وعلفا للدواب فقيل بعدم الجواز ونسبه
قاضيخان لعامة مشايخنا والصحيح الجواز كما في البحر
وفي الفتح والحيلة في جوازه باتفاق المشايخ ان يبيع
الكمثرى اول ما تخرج مع الاوراق فيجوز فيها تبعا للاوراق
كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب
فالبيع جائز باتفاق اهل المذهب اذا باع بشرط
القطع او مطلقا وفي الشرنبلالي انما الخلاف في تفسير
بدو صلاحها فعندنا على ما في المبسوط هو الامن من
العاهة والفساد وعلى ما في الخلاصة عن التجريد
ان يكون منتفعا به وعند الشافعي هو ظهور
النضج ومبادي الحلاوة ويقطعها المشتري في الحال تفريغا
لملك البائع واجرة القطع على المشتري وان شرط تركها

اي الثمرة علي الشجر فسد البيع واجرة لانه شرط لا يقتضيه
العقد وهو شغل ملك الغير او لانه صفقة في صفقة لانه
اجارة في بيع ان كان للمنفعة حصة من الثمن او اعارة في بيع
ان لم يكن لها حصة من الثمن كما في اكثر المعتبرات قاله في
البحر وتعقبهم في البناية بانهم كلهم ان كلا من الاجارة
والاعارة غير صحيح فكيف يقال انه صفقة في صفقة
وجوابه انه صفقة فاسدة في صفقة صحيحة فتفسدنا
جميعا انتهى هذا مسلم ان كانت الاجارة فاسدة وان
باطلة فلا كما سياتي ان اجارة النخيل باطلة والباطل
عبارة عن المعدوم والمضمحل والمعدوم لا يصلح متضمنا
فيلزم في هذه الصورة ان لا توجد صفقة في صفقة
فلا يندفع الاشكال تامل ولو وصلية اي ولو كان
بعد تناهي عظمها عند الشيخين وهو القياس لان
ما زاد وحدث من الترك في ملك البايع مضمون عند
البيع وهو مجهول خلافا لمحمد فانه قال لا يفسد
في المتناهية استحسانا لانه شرط متعارف وهو
قول الايمة الثلاثة وفي البحر نقلا عن الاسرار الفتوى
علي قول محمد وبه اخذ الطحاوي وفي المنتقى ضم اليه
ابا يوسف وفي التحفة والصحيح قولهما لان التعامل
لم يكن بشرط الترك وانما كان بالاذن بالترك من غير
شرط وكذا يفسد شرا الزرع بشرط الترك لما قررنا
وان تركها اي الثمرة الغير المتناهية علي الشجر باذن
البايع بلا اشتراط تركها حالة العقد طاب له اي
للمشتري الزيادة الحاصلة في ذات الثمرة بالترك
لانه حصل بطريق مباح وان تركها اي الثمرة بغير اذنه
اي البايع

اي البايع تصدق بما زاد في ذاتها لحصوله بطريق محظور
ويعرف مقدار الزيادة بان تقوم يوم البيع وبين
الادراك وما تفاوت بينهما يكون زايدا فان تركها اي
الثمرة بعد ما تناهت بغير اذنه اي ان تدرك لا يتصدق
المشتري بشي لان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة لا
يتحقق زيادة فيها وانما هو تغير وصف وهو من اثر
الشمس والقمر والكواكب وان استاجر المشتري الشجر
الي وقت الادراك بطلت الاجارة اي لو اشتراها مطلقا
عن الترك والقطع ثم استاجر الشجر الي وقت ادراك
الثمر بطلت الاجارة وطابت الزيادة لان الاجارة
باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبر
فتطيب فان استاجر المشتري الارض لترك الزرع
الي ان يستحصد فسدت الاجارة لجهالة المدة فقد
يتقدم الادراك اذا تعجل الحر وقد يتاخر اذا طال
البرد ولا تطيب الزيادة الحاصلة فيها لخبث والحاصل
ان الاذن في الاجارة الباطلة صار اصلا لان الباطل
عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لا يصلح متضمنا
فصار الاذن مقصودا ولا كذلك في الفاسدة لان
الفاسد ما كان موجودا باصله فاتيا بوصفه فامكن
جعله متضمنا للاذن وفسادا والمتضمن يقتضي
فساد ما في الضمن فيفسد الاذن فيتمكن الخبث وفي
العناية كلام فليطالع ولو اثمرت الشجرة ثمرا اخر
بعد شرا الموجود قبل القبض بتخلية البايع بين
المشتري وبين الثمرة فسد البيع ان لم يحلل له
البايع لتعذر التسليم بسبب الاختلاط وعدم

التمييز هذا إذا لم يعرف الحادث بالوجود فإن عرف فالعقد
صحيح على حاله وكذا إذا حلل له البايع كما في الكافي
ولو أثمرت الشجرة ثمرا آخر بعد القبض أي بعد ما قبض
المشتري المبيع بالتخلية فلا يفسد بالاختلاط ولكنهما
يشتركان فيه للاختلاط ملك أحدهما بالآخر والقول
في قدر الحادث للمشتري مع يمينه لكونه في يده وفي
التبيين وكذا في الباذنجان والبطيخ فحاصله أن
لهذه المسئلة ثلاث صور أحدها إذا خرج الثمار كله
فإنه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ما مضى وثانيها أن
لا يخرج شي منه فإنه لا يجوز بيعه اتفاقا وثالثها
أن يخرج بعضها دون بعض فإنه لا يجوز في ظاهر
المذهب وقيل يجوز إذا كان الخارج أكثر ويجعل المعدوم
تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة
وكان شمس الأئمة الحلواني وأبو بكر ابن الفضل
يفتيان به وقال شمس الأئمة السرخسي والأصح أنه
لا يجوز وفي البحر وهو ظاهر المذهب لكن في الفتح
أن الناس تعاملوا ببيع الكرم بهذه الصفة ولهم
في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عادتهم
حرج وقد رأيت في هذا رواية عن محمد وهو في بيع
الورد على الأشجار فإن الورد لا يخرج جملة ولكن
بتلاحق البعض جوز البيع في الكل بهذا الطريق
وهو قول مالك والمخلص أن يشتري أصول الباذنجان
والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه وفي
الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن
ويستأجر مدة معلومة يعلم فيها غاية الإدراك
وانقضا

وانقضا الغرض فيها تبعا في الثمن وفي الثمار يشتري
الموجود ويحل له البايع ما يوجد فإن خاف أن يرجع
يفعل كما قال أبو الليث في الإذن في ترك الثمر على
الشجر على أنه متى رجع عن الإذن كان مأذونا في
الترك بإذن جديد فيحصل له على مثل هذا الشرط
انتهى ولو باع ثمرة على شجر واستثنى منها أي من الثمرة
المبيعة المجذوذة أو غيرها أرطالا معلومة صح أي
البيع والاستثناء في ظاهر الرواية وهو مذهب مالك لأن
المستثنى معلوم بالعبارة والمبيع معلوم بالإشارة
وجهالة قدره لا تمنع الجواز ألا ترى أن بيعه مجازفة
جائز والأصل أن ما جاز بيعه ابتداء يجوز استثناؤه
كبيع صبرة إلا قفيزا أو قفيز من صبرة بخلاف الحمل وأطراف
الحيوان حيث لا يجوز استثناؤه لأنه لا يجوز بيعه ابتداء
وقيل لا يصح وهو رواية الحسن والطحاوي وهو قول
الشافعي وأحمد لجهالة الباقي وهو أقيس بمذهب الإمام
في مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فإنه أفسد
البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في
استثناء أرطال معلومة على الأشجار وإن لم يفض إلى
المنازعة فالحاصل أن كل جهالة تفضي إلى المنازعة
مبطلة فليس يلزم أن ما لا يفضي إليها يصح معها بل لا بد
مع عدم الإفضاء إليها في الصحة من كون المبيع على
حدود الشرع ألا ترى أن المتبايعين قد تراضيا
على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول
لا يعتبر ذلك المقتضى كما في الفتح وفي المنح وقد يفهم
من كلام الزيلعي أن رواية عدم الجواز هي رواية

الحنفي وحده وليس كذلك بل هي رواية ابي يوسف ايضا عن
الامام وتمامه فيه فليطالع ثم محل الخلاف ما اذا استثنى معينا
اما اذا استثنى جزءا كالربع او ثلث فانه صحيح اتفاقا وكذا لو كان
الثمر مجذوذا واستثنى منه ارطالا جاز وقيد
بالارطال لانه لو استثنى رطلا واحدا جاز اتفاقا
لانه استثناء القليل من الكثير بخلاف الارطال لجواز
ان لا يكون الا ذلك فيكون استثناء الكل من الكل ويجوز
بيع البر والشعير والعدس حال كونه في سنبله
ان بيع بغير جنسه وان بيع بجنسه لا يجوز
لشبهة الربا وكذا يجوز بيع الباقلاء هو بالقصر
والتشديد او بالمد والتخفيف الحب المعروف في قشره
والارز والسمسم وكذا يجوز بيع اللوز والفستق
بضم الفاء والتاء وسكون السين والجوز في قشرها
الاول قيد للجميع وانما قيد بالاول وهو الاعلى
تنصيصا على موضع الخلاف فان الشافعي لا يجوز
بيع ذلك كله وله في بيع السنبلة قولان وعندنا
يجوز ذلك كله وعلى البائع تخليصه وتسليمه الى
المشتري هو المختار رواه الكافي وغيره وللشافعي
ان البيع مستور بشيء لا منفعة له فصار كتراب
الصاغة اي كبيع تراب الفضة بالفضة او بالفضة
ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهي
وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة
وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها فظاهره يقتضي
الجواز بعد وجود الغاية وعنده لا يجوز حتى يخرج
من قشره الاول انتهى كمن الاستدلال بمفهوم

الغاية

الغاية لا يجوز عندنا الا انه يقال انه مبني على الزام
الشافعي بمذهبه في المفهوم وان لم يكن معتبرا عندنا
فيكون جوابا الزاميا على مذهبه ويتجه لا مقابل هذا
يندفع به اعتراض صاحب العناية ولا يلزم عليه ما قال
صاحب الدرر تامل واجرة الكيل في مثل البر للكيال وعد
المبيع اي اجرة العد في مثل الغنم للعاد ووزنه اي
اجرة الوزان في مثل العسل للوزان وذرعه اي اجرة
الذرع في مثل الارض للذراع على البائع في بيع
بشرط الكيل والعد والوزن والذرع لانه من تمام
التسليم وتسليم المبيع عليه وكذا ما كان من تمامه
قيد بالكيل لان صب الحنطة في الوعاء على المشتري اتفاقا
عليه وكذا اخراج الطعام من السفينة وكذا قطع
العنب المشترى جزافا عليه وكذا كل شيء باع جزافا
كالثوم والبصل والكراث والجزر اذا خلى بينه وبين
المشتري وكذا قطع الثمر اذا خلى بينه وبين المشتري
على البائع ايضا هو المختار واجرة نقد الثمن اي تمييز
جيده عن رديه ووزنه على المشتري لانه يحتاج
في تسليم الثمن الى تعيين قدره وصفته فتكون
مؤنته عليه وكذا مؤنة الجيد عن غيره هو الصحيح
كما في الخلاصة وهو ظاهر الرواية كما في الخانية وبه
يفتى كما في الزاهدي وغيره الا اذا قبض البائع
الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة فانه على البائع
واما اجرة نقد الدين فانه على المديون الا اذا قبض
رب الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب
الدين كما في البحر وفي بيع سلعة بثمن اي بدراهم

ودنانير هو وسلم هو اولا اي سلم الثمن قبل المبيع اذا
وقع المنازعة بينهما في تسليم المبيع والثمن فقيل
للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين
في المبيع فيقدم دفع الثمن لتعيين حق البايع
بالقبض لانه يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة
في تعيين حق كل واحد منهما خلافا للشافعي في قول
هذا اذا كان المبيع حاضرا وان غايبا فله تسليم حتى
يحضر البايع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن
وفي البزازية باع بشرط ان يدفع المبيع قبل نقد
الثمن فسد البيع لانه لا يقتضيه العقد وقال
محمد لا يصلح حيلة لان الاجل اذا لم يكن البيع مؤجلا
فانه لو كان مؤجلا لا يمكن التسليم اولا بل يجب تسليم
المبيع فانه وان اسقط البايع حقه بالتاجيل فلا
يسقط حق المشتري في قبض المبيع وفي بيع سلعة
بسلعة هذا بيع المقايضة على ما مر او ثمن بثمن
ويسمى بيع الصرف سلما معا تسوية بينهما في
العينية والدينية فلا ضرورة في تقديم احدهما
بالدفع لكن لا بد من معرفة التسليم والتسليم الموجب
للبراءة وفي التجريد تسليم المبيع ان يخلي بينه وبين
المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حايل وكذا
تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم
ثلاثة معان ان يقول خليت بينك وبين المبيع
وان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتاتى
منه النقل من غير مانع وان يكون مفرزا غير
مشغول بحق غيره كعن الوبري المتاع لغير

البايع

البايع لا يمنع فلو اذن له بقبض المتاع والبيت صح
وصار المتاع وديعة عنده وكان الامام يقول
القبض ان يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه
ويقول المشتري وهو عند البايع قبضته فلو اخذه
براسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة او بعير
وان كان غلاما او جارية فقال المشتري تعال معي او امش
معي فخطا معه فهو قبض وكذا لو ارسله في حاجة وفي
الثوب ان اخذه بيده او خلى بينه وبينه وهو موضوع
على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال
قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد
بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البايع المفتاح
له وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان لم يقل شيئا
لا يكون قبضا ولو باع دارا غايبة فقال سلمتها اليك
فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان
قبضا وهي ان يكون بحال يقدر على اغلاقها والا فهي بعيدة
وتمامه في البحر فليطالع وفي التنوير وجد البايع الثمن
زيوفا وان علم بها يردها ويستبدل الجياد ان كانت قائمة
والا فلا اشترى شيئا وقبضه ومات مفلسا قبل نقد
الثمن فالبايع اسوة الغرماء ولو لم يقبضه فالبايع
احق به اتفاقا

الخيارات

وفي المستصفى العلل نوعان عقلية وهي ما لا يجوز
تراخي الحكم عنها كالسواد مع الاسوداد والكسر
قال الشيخ ابو نصر العلة العقلية ما اذا وجد
يجب الحكم به وشرعية كالبيت للحج والاوقات
للصلاة والبيع للملك وفي هذه العلة يجوز تراخي

الحكم

زيوفا لبيهرجة استرداد السلعة وحبسها به قبض بدل الجياد صح

الحكم عن علته الا انه يجوز تخلف الحكم عن العلة
الا علي قول من يجوز تخصيص العلة واعلم ان
الموانع انواع خمسة مانع يمنع انعقاد العلة كما
اذا اضاف البيع الي حر ومانع يمنع تمام العلة كما اذا
اضاف الي مال الغير ومانع يمنع ابتدا الحكم كخيار
الشرط ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الروية ومانع يمنع
لزوم الحكم كخيار العيب فقدم خيار الشرط علي انواعه
هنا وفي البحر الخيارات في البيع لا تنحصر في الثلاثة
بل هي ثلاثة عشر خيارا خيار الشرط خيار الروية
خيار العيب خيار الغبن خيار الكمية خيار الاستحقاق
خيار كشف الحال خيار تفرق الصفقة بهلاك البعض
قبل القبض خيار اجازة عقد الفضولي خيار فوات
الوصف المشروط المستحق بالعقد خيار التعيين
خيار الخيانة في المرابحة خيار نقد الثمن وعدمه صح
خيار الشرط اي الاختيار لفسخ او الاجازة بسبب
شرط ولو بعد البيع فالخيار اسم من الاختيار والاضافة
من قبيل اضافة الحكم الي علته وسببه وهي بين الفصحا
والفقهاء شايعة فلا حاجة الي ما قيل انه لو قال صح
بشرط الخيار لكان اولي لان الموصوف بالصحة شرط
الخيار لا نفس الخيار تدبر لكل من العاقدين اي البايع
والمشتري منفردا ولهما معا اي صح الخيار للبايع
وللمشتري جميعا في مبيع او بعضه صح في التبيين
حيث قال اشترى مكيلا او موزونا او عبدا وشرط
الخيار في نصفه او ثلثه او ربعه جاز كما في البحر
ثلاثة ايام بالنصب علي الظرف او بالرفع علي الابتدا
والخبر

والخبر هو الظرف المتقدم ويجوز ان يكون هو مبتدا
علي نحو قوله تعالي ومنهم دون ذلك فيكون من قبيل
التجاذب كما في القهستاني لكن في الفتح والصواب
ان يقدر مدته ثلاثة ايام فما دونها لا اكثر من ثلاثة
ايام عند الامام وزفر والشافعي لقوله عليه
السلام لحبان بن منقذ يغبن في البياعات اذا
بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام ووجهه
ان شرط الخيار يخالف لمقتضي العقد وهو اللزوم اولا
فيكون مفسدا لكنه جوز بهذا النص علي خلاف القياس
فيقتصر علي المدة المذكورة لا ما فوقها وفي التحفة
وبعد ورود النص به جعلناه داخلا علي الحكم مانعا
له تقليلا لعمله بقدر الامكان فلم نجعله داخلا علي
اصل البيع للنهي عن بيع بشرط والبيع الذي شرط
فيه الخيار يقال فيه علة اسما ومعنا لا حكما وبالخيار
عنه علة اسما ومعنا وحكما الا ان اجاز اي من له
الخيار في الثلاثة يعني لا يجوز الخيار اكثر من ثلاثة
ايام لكن لو ذكر اكثر منها واجاز في الثلاثة باسقاط
خيار الاكثر جاز عند الامام ولا اعتبار لاول الزوائد
المفسد قبل تقرره فانقلب صحيحا وقد اختلفوا في صفة
العقد فقيل العقد فاسد ثم يعود صحيحا بزوال المفسد
في ظاهر الرواية وهو قول العراقيين وقيل موقوف
علي اسقاط الشرط بمضي جزء من يوم الرابع يفسد
فلا ينقلب صحيحا وهو مختار السرخسي وفخر الاسلام
وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر وعند زفر والشافعي
يفسد من اول الامر اذا شرط الزيادة علي الثلاث

ولو ساعة فلا ينقلب جائزا كالنكاح بغير شهود حيث لا
ينقلب صحيحا بالاشهاد وعندهما يجوز اكثر من الثلاث
ان بين مدة كانت طويلة او قصيرة لما روي عن ابن عمر
انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار شرع للتروي (اي التفكر)
لدفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فشابه التاجيل
في الثمن فيقيد بمعلوم لان الخيار اذا كان مجهولا بان قال
اشتريت على اني بالخيار اياما او قال موبدا فانه غير
جائز اتفاقا وفي الخلاصة لو اثبت الخيار ولم يذكر وقتا
فله الخيار ما دام في المجلس وان اشترى شخص شيئا
على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع صح
البيع استحسانا اذ ينعقد في الثلاث هو القياس وهو
قول زفر والائمة الثلاثة لا يجوز بيع شرط فيه
الاقالة الفاسدة والصحيحة مما يفسده فالفاسدة
اولى ولنا ان ابن عمر رضي الله عنه باع ناقة بهذا
الشرط ولم ينكر عليه احد من الصحابة رضي الله عنهم
ولانه في معنى شرط الخيار فلا يفسده فقيد بقوله
الى ثلاثة لانه لو لم يبين الوقت اصلا او ذكر وقتا
مجهولا فالبيع فاسد اتفاقا وان اشترى على انه
ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام لا يصح البيع عند
الامام لان هذا في معنى الخيار من حيث ان المقصود
منها التفكر وشرط فوق الثلاثة مفسد فكذا هذا
وعن ابي يوسف روايتان اصحهما انه مع الامام الا ان
ينقد في الثلاثة لو اشترى على انه ان لم ينقد
في الثمن الى اربعة او اكثر فينعقد في الثلاثة جاز
بالاجماع كما في شرط الخيار لزوال المفسد وعند محمد
يجوز

يجوز الى اربعة ايام واكثر كما في خيار الشرط جريا على اصله
وابو يوسف كان مع محمد في هذا الاصل لكن خالفه
في هذه المسئلة عملا بالنهي الوارد عن البيع بشرط
الا ان النص ورد في شرط الخيار فجاز فبقي الحكم
في المسئلة على مقتضى النهي لكن يشكل قول ابي يوسف
بجواز الزيادة على شهرين لعدم الاثر في الزيادة
مع التجويز تامل وخيار البائع يمنع خروج المبيع
عن ملكه وان قبضه المشتري باذن البائع لان
خروجه انما يكون برضا البائع والخيار ينافيه فصح
تصرف البائع في المبيع في مدة الخيار تصرف الملاك
من الهبة والعتق والوطي وغيرها وتصير فسخا للبيع
فيخرج الثمن عن ملك المشتري اتفاقا لكنه لا يدخل
في ملك البائع عند الامام وقالا يدخل فان قبضه
اي المبيع المشتري سواء اذن البائع او لا فهلك عنده
في مدة الخيار حتى لو هلك عند البائع ينفسخ البيع ولا
شيء على المشتري لزم قيمته اي قيمة المبيع على المشتري
لان خيار البائع لا يسقط عن المبيع بالهلاك فيقع
الهلاك على ملكه فينفسخ البيع لعدم امكان اللزوم
اذ لو لزم لزم بعد الهلاك وذا لا يجوز لعدم المحل
فكان مضمونا كالمقبوض على سوم الشراء كان بطلان
العقد لا يبطل المساومة فوجب الضمان بالقيمة (ولم يذكر المثلية)
ان قيميا وبالمثل ان مثليا كما ذكره البعض اكتفاء
بذكر الاصل في الضمان قيدنا في مدة الخيار لانه
لو هلك بعد تمام المدة يجب عليه الثمن لا الضمان
لان العقد لزم بعد تمامها وخيار المشتري لا يمنع

خروج المبيع عن ملك البايع اتفاقا للزوم البيع في جانبه
ويمنع خروج الثمن من ملك المشتري بالاتفاق
والاصل ان البدل الذي من جانب من له الخيار لايخرج
عن ملكه فان هلك المبيع في يده اي المشتري لزمه
الثمن لان المبيع اذا قرب من الهلاك يكون معيبا
لايمكن الرد فيلزم العقد الموجب الثمن المسمى خلافا
للشافعي فان عنده يجب القيمة وكذا الزم الثمن لو تعيب
في يد المشتري اطلقه فشمل ما اذا عيبه المشتري او
اجنبي او تعيب بافة سماوية وكون باقيا على اطلاقه
وانما المراد عيب يلزم ولا يرتفع كما اذا قطعت يده واما
ما اذا ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا برئ المرض
في الايام الثلاثة واما اذا مضت فالعيب قايم
لزم البيع لتعذر الرد كما في البحر وغيره وانما لم يقل
عيبا لايرتفع كما قال بعض الفضلاء لانه اذا كان
العيب نظير الهلاك يفهم ان يكون العيب مما لايرتفع
كما لايرتفع الهلاك لان الكلام فيما لايمكن رده على وجه
فيه فضل او لا تامل الا انه اي البيع اذا اخرج عن ملك
البايع فيما اذا شرط الخيار للمشتري لايدخل في ملك
المشتري عند الامام كيلا يجتمع البدل والمبدل
منه في ملك شخص واحد خلافا لهما فان عندهما
يدخل وهو قول الايمة الثلاثة لانه لما خرج المبيع
عن ملك البايع وجب ان يدخل في ملك المشتري كيلا
يصير سايبة بغير مالك معتد به ويكون المبيع في يد
المشتري لانه لو هلك قبل القبض فلا شي عليه
اتفاقا ولم يذكر حكم ما اذا كان الخيار لهما فقس

الكل

الكل المعتبرات لايخرج شي من المبيع والثمن من ملك البايع
والمشتري اتفاقا فلو اشترى زوجته بالخيار هذا
تفريع لما قبله لايفسد النكاح عند الامام لانه لايملكها
باعتبار الخيار ويفسد عندهما لانه يملكها وان وطيها
اي الزوجة المشتراة بالخيار فله اي للزوج المشتري
ردها عند الامام لانه اي الوطي بالنكاح اي بحكم
ملك النكاح لبقايه لا بحكم ملك اليمين لعدمه
وعندهما ليس له ان يردها مطلقا الا في البكر فانها
لاترد اتفاقا لان الوطي ينقصها عنده وعندهما الوطي
بملك اليمين وظاهره انه لو نقصها وهي ثيب فالحكم كذلك
كما في البحر ولو ولدت تلك المشتراة او حبلت في مدته
اي في مدة الخيار بالنكاح لاتصير تلك المشتراة ام
ولده اي الزوج عند الامام خلافا لهما فان عندهما
تصير ام ولد له لو ادعى الولد لانه ولد الفراش ضعيف
كما في الاصلاح لكن الكلام في الحامل من المشتري
بالنكاح فلا حاجة الى قيد الدعوة تدبر ... اذا
كان قبل القبض اما بعده سقط الخيار اتفاقا وتصير
ام ولد للمشتري لانها تعيبت عنده بالولادة فعلى هذا
لو قال ولو ولدت في مدته بالنكاح قبل القبض
كما في اكثر المعتبرات لكان اولى تدبر ولو اشترى
قريبه اذا رحم محرم منه بالخيار
او اشترى عبدا او امة بعد قوله ان ملكت عبدا
فهو حر لايعتق في مدته عند الامام لعدم
الدخول خلافا لهما او قال ان اشتريت
لانه يصير كالمستثنى للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار

فيعتق عندهم جميعا ولا يعد حيض الجارية المشتراة
به اي بالخيار اذا حاضت في مدته اي مدة الخيار من
الاستبراء عند الامام خلافا لهما ولا استبراء على البايع
ان ردت الجارية به اي بالخيار عند الامام سواء كان
قبل القبض او بعده لانه لم يدخل في ملك غيره وعندهما
ان كان الرد قبل القبض لا يجب عليه الاستبراء استحسانا
والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب
قياسا واستحسانا واجمعوا في البيع البات ينفسخ
باقالة وغيرها لان الاستبراء واجب على البايع ان كان
الفسخ قبل القبض او بعده قياسا واستحسانا كما في
العناية ولو قبض المشتري به اي بالخيار المبيع باذن
البايع ثم اودعه اي اودع المشتري المبيع عنده اي
عند البايع فهلك في يد البايع في المدة او بعدها
فهو على البايع عند الامام ولا شيء على المشتري
لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك فلم يثبت الايداع
بل يصير رده ويرفع القبض فيقع الهلاك قبل القبض
المشتري وهو يبطل البيع وعندهما يهلك على
المشتري ويلزمه الثمن لانه ملكه فصار مودعا
ملك نفسه فهلاكه في يد المودع كهلاكه في يده هذا
لو كان الخيار للمشتري ولو للبايع فسلم المبيع الى
المشتري فاودعه البايع بطل البيع عند الكل ولو
كان البيع باتا فقبض المبيع باذن البايع فهلك
عنده بطل البيع عند الكل ولو كان باتا فقبض
المبيع باذن البايع او بغير اذنه ثم اودعه البايع
فهلك كان على المشتري اتفاقا لصحة الايداع
كما

كما في البحر ولو اشترى العبد الماذون شيئا به اي
بالخيار فابراه بايعه عن ثمنه في المدة بقي خياره
عند الامام لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك
ولهما اي يبطل دون الرد بالخيار لانه اي الماذون يلي عدم
التملك كما لو وهبت له هبة فامتنع عن القبول وعندهما
يبطل خياره لانه ملكه فكان الرد والفسخ منه تمليكا
من البايع بلا بدل وهو تبرع والماذون لا يملكه وهذا
يقتضي صحة الابراء لكن لا يصح عند ابي يوسف قياسا
ويصح عند محمد استحسانا ولو اشترى ذمي من ذمي
خمرا به اي بالخيار واسلم في مدته بطل شراؤه عند الامام
كيلا يتملكها اي الخمر مسلما بالاجازة وعندهما بطل
الخيار لانه ملكها فلا يملك الرد وهو مسلم
هذا في اسلام المشتري اما لو اسلم البايع فلا يبطل
بالاجماع وصار المشتري على حاله فالخلاف في الجميع
اي في جميع المسائل المذكورة من قوله فلو اشترى
الى هنا وقد ذكر قولهما ووجههما عقيب كل مسئلة
وقد زاد بعض الشارحين على ما ذكره مسائل منها
ما اذا تخمر العصير في بيع مسلمين في مدته فسد
البيع عنده لعجزه عن تملكه وعندهما يتم لعجزه عن
رده ومنها لو اشترى دارا على انه بالخيار وهو ساكنها
باجارة او اعارة فاستدام سكناها قال السرخسي
لا يكون اختيارا وهو كابتداء السكنى وقال زاده
استدامتها اختيار وعندهما يملك العين وعنده
ليس باختيار ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار
فقبض ثم احرم والظبي في يده فينتقض عنده ويرد

الى البايع وعندهما يلزم المشتري ولو كان الخيار للبايع
ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فالحرم للمشتري
ان يرده ومنها اذا كان الخيار للمشتري وفسخ العقد
فالزوايد ترد على البايع عنده لانها حدثت على ملك
المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه كما
في البحر ومن له الخيار سوا كان بايعا او مشتريا او اجنبيا
فله ان يفسخه وله ان يجيزه واذا اراد الاجازة يجيز
البيع بحضرة صاحبه وغيبته في مدته بالقول او الفعل
وان لم يعلم صاحبه بالاتفاق لكونه راضيا وقت
اثبات الخيار له ولا يفسخ البيع في مدته الا بحضرته
والمراد بالحضرة علم صاحبه او علم من يقوم مقامه
عند الطرفين لان الفسخ تصرف في حق صاحبه وهذا
لا يجوز بدون علمه كالموكل اذا عزل الوكيل لا يثبت
حكم عزله في حقه ما لم يعلم فالخيار باق على حاله
خلافا لابي يوسف وهو قول زفر والايمة الثلاثة
فانهم يقولون يفسخ بغيبته ايضا لانه مسلط
على الفسخ من طرف صاحبه فلا يتوقف على علمه
بالاتفاق لانه حكمي ولا يشترط رضاه فصار
كالوكيل بالبيع هذا اذا كان الفسخ بالقول ولو كان
بالفعل كالاعتاق والبيع والوطي يجوز بلا علمه
بالاتفاق لانه حكمي ولا يشترط العلم في الحكمي وذكر
الكرخي ان خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار
العيب لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع لانه لا يثبت
الا بالقضا فان فسخ من له الخيار بغيبة صاحبه
وعلم به الاخر في المدة انفسخ البيع لحصول العلم
والا اي

كراس ٣

٢١

والا اي وان لم يعلم به الاخر في المدة بل علم بعد مضي المدة
تم العقد لوجود الرضى لانه حيث لم يتم الفسخ لا يقال ان
في شرط العلم ضرر لمن له الخيار اذ يجوز ان يختفي صاحبه
فلا يصل اليه الخبر في مدته لانا نقول يمكن تداركه بان
اخذ منه كفيلا يحضره في المدة او وكيلا يتوبه حتى
اذا اراد الفسخ رده عليه وقال بعضهم لو رفع الامر الى الحاكم
فنصب من يخاصم عنه صح الرد عليه ويتم العقد ايضا
بموت من له الخيار ولا ينتقل الى الورثة خلافا للشافعي
يورث عنده لانه حق لازم له في البيع فيجري فيه الارث
كخيار العيب وبه قال مالك ولنا ان الخيار مشيئة المتامل
لغرض نفسه وقد بطلت اهلية التامل بخلاف خيار العيب لان
المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث خياره
كذا قالوا اذا علمت هذا ظهر ان خيار التعيين وهو ما اذا
عين البايع المشتري او بالعكس ووقع البيع بينهما بخيار
فالصحيح لا يورث لانه بعده حق ثبت للبايع والمشتري كما في
خيار الشرط كما في المنبع وقيد بموت من له الخيار لان الخيار
لا يبطل بموت من عليه الخيار اتفاقا وكذا يتم العقد ويبطل الخيار
بمضي المدة وان اغمي عليه او جن او نام او سكر بحيث لا يعلم
حتى مضت المدة الصحيح انه يسقط الخيار كما في الاختيار
خلافا لمالك ويتم بالاخذ بشفعة بسبب المبيع بشرط
الخيار يعني لو اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار
اخرى بجنبها في مدته وطلبها بطريق الشفعة فبهذا
الطلب رضي بتملك الاول لان طلب الشفعة يعني
يقتضي ابطال الخيار واجازة الشرا سابقا اذ الشفعة
لا تصير الا بالملك وقيدنا بشرط الخيار لان طلبه لا يسقط

خيار الرؤية والعيب ولو قال وبالطلب بشفعة لكان
اولى لان طلبها مسقط وان لم ياخذها كما في المعراج فلهذا
قلنا اي لتصوير ها وطلبها بطريق الشفعة ويتم بكل ما يدل
على الرضى من قبيل عطف العام على الخاص كالركوب
لغير الاختبار اي الامتحان فلو ركب دابة لينظر الى
سيرها لا يدل على رضاه بها ولو ركبها ليردها او ليسقيها
او ليعلفها وفيه اشعار بانه لو استخدم الجارية مرة للامتحان
ثم اخرى فان كان من نوع واحد فهو رضى والا فلا وكذا
لو لبسه مرة كما في اكثر الكتب فعلى هذا يكون في عموم
قوله لغير الاختبار نظر كما في الغرر ايد لكن يمكن ان يقال
انه اعم من الاختبار او ما في حكمه فيندفع به النظر تدبر
والوطي والتقبيل واللمس بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة
والاعتاق وتوابعه اي توابع الاعتاق والتدبير
والكتابة وكذا كل تصرف لا ينفذ الا في الملك كالبيع
والاجارة والاسكان والرهن والتجصيص والهدم
ورعي الماشية وحلب البقرة ومعالجة الدابة وكري
الانهار لان هذه التصرفات دليل على الملك هذا كله
اذا كان الخيار للمشتري ووجد منه شي من هذه الاشيا
وان كان الخيار للبايع وفعل هذه الاشيا انفسخ البيع
وان شرط المشتري الخيار لغيره عاقدا او غيره لعموم
الغير جاز الشرط عندنا وثبت لهما الخيار والقياس ان
لا يجوز وهو قول زفر لانه موجب العقد فلا يجوز
اشتراطه لغير العاقد كالثمن وجه الاستحسان انه يثبت
له ابتداء ثم لغيره نيابة تصحيحا لتصرفه والتقييد
بالمشتري اتفاقي لان البايع لو شرط الخيار جاز ايضا كما في

الكبرى

اكثر الكتب فعلى هذا لو قال وان شرط احد المتعاقدين
الخيار لاجنبي لكان اولى ليشمل البايع والمشتري وليخرج
اشتراط احدهما للاخر لان قوله لغيره صادق بالنايب
وليس بمراد كما في البحر وفي النوازل لو شرط الخيار انه ان
عد استاذيهم جاز والا فلا وايهما اي اي من المشتري
والغير او البايع اجاز البيع واحد ممن شرط الخيار له من
المتعاقدين والاجنبي وفسخ الاخر اعتبر السابق ردا
كان او اجازة لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه احد
وتصرف الاخر بعده لغو وان كانا اي المقطات وهما
الاجازة والفسخ معا اي مجتمعين بان اجاز واحد
وفسخ الاخر او خرج الكلامان معا فالفسخ اي فالمعتبرة
للفسخ في رواية لان الخيار شرع للفسخ فهو تصرف فيما
شرع لاجله فكان اولى كما في الاختيار وصححه قاضيخان
وقال الزيلعي وهو الاصح وبه جزم المص وكثير من المتون
فكان هو المذهب وقيل يرجح تصرف العاقد نقضا او اجازة
لان الصادر عن نيابة لا يصح معارضا للصادر عن اصالة
وفي البحر لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى اعادة
العقد بينهما جاز فلو باع شخص عبدين مسميين بالقايل
والمقبول على انه بالخيار في احدهما اي في احد العبدين
ثلاثة ايام فان عينه اي عين محل الخيار بان قال على
اني بالخيار في القايل مثلا وفصل ثمن كل منهما بان قال
القايل بالف والمقبول بالف صح البيع لان الذي فيه
الخيار كالخارج عن العقد فكان الداخل فيه غيره
فما لم يكن ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما لا يجوز
لجهالة المبيع والثمن مفسد ولن يكونا معلومين الا بالتفصيل

الخيار
او فسخ البيع صح لان كلا منهما
البيع يملك التصرف اصالة
او نيابة وان اجاز
البيع ضر

والتعيين أي وان لم يفصل الثمن ولم يعين محل الخيار
او ان يفصل ولم يعينه او ان لا يفصل ويعينه فلا يصح
البيع لجهالة الثمن و المبيع او احدهما فهذه اربعة
انواع واما بيع عبد على انه بالخيار في نصفه فجائز
بلا تفصيل لان النصف من الواحد لا يتفاوت وكذا
الحكم في بيع شيء من الكيلي او الوزني بالخيار في نصفه لان ثمن
الكل اذا كان معلوما يصير نصف الثمن معلوما والشيوع لا يمنع
الصحة والجواز ولا فرق ان يكون الخيار للبائع او للمشتري
كما في العيني ويجوز خيار التعيين للمشتري وهو بيع
احد الشيئين او ثلاثة اشيا على ان ياخذ المشتري ايا
شا من الاثنين او الثلاثة والقياس الفساد لجهالة
المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان
انه في معنى شرط الخيار لاحتياج الناس الى اختيار
من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكن البائع
من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد الشرع به
والجهالة لا توجب الفساد بعينها بل لافضائها الى المنازعة
ولا منازعة في الثلاث لتعيين من له الخيار ولا يجوز
في اكثر من ثلاثة اشيا لعدم الحاجة اليه لاشتمال الثلاثة
على الجيد والردي والوسط فما فوقه باق على القياس
لان ثبوت الرخصة بالحاجة تندفع بالثلاثة وفي
البحر يجوز خيار التعيين في جانب البائع كما يجوز في
جانب المشتري ويتقيد بمدة خيار الشرط على
الاختلاف بين الامام وصاحبيه يعني بثلاثة ايام
عنده وبمدة معلومة عندهما ثم قيل يشترط ان
يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين

وهو

وهو المذكور في الجامع الصغير قال شمس الائمة هو
الصحيح وقيل لا يشترط كما يشير به كلام المص وهو
المذكور في الجامع الكبير والمبسوط قالوا وضعه في
الجامع الصغير مع خيار الشرط اتفاق لا لانه شرط
قال فخر الاسلام وهو الصحيح والمبيع واحد من
الشيئين او الثلاثة في هذه الصورة والباقي امانة
في يد المشتري ثم فرع عليه فقال فلو قبض المشتري
لانه لو لم يقبضه فهلك بطل بيع الكل فهلك في يده
واحد او تعيبت في يده واحد لزم البيع بالثمن فيه اي في
الهالك او المتعيب لامتناع الرد بالهلاك او بسبب
العيب الذي حدث فيه عنده وتعين الباقي للامانة
في يده لان الداخل تحت العقد احدهما والذي لم يدخل
تحت العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشرا ولا
بطريق الوثيقة وكان امانة في يده فيرده وان هلك
الكل في يده لزمه اي المشتري نصف ثمن كل ان كان
شيئين او ثلثه ان كان ثلاثة لشيوع البيع والامانة
مع عدم الاولوية ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا
او مختلفا وكذا لو كان الهلاك على التعاقب ولم يدر
الاول بخلاف ما اذا تعيبا فلم يهلكا حيث يبقى خياره
على حاله وله ان يرد احدهما لان المعيب محل لابتداء
البيع وكذا التعيين بخلاف الهلاك فانه ليس محلا
لابتدائه فكذا التعيين ولكن ليس له ان يردهما
وان كان فيه خيار الشرط لان العيب يمنع من الرد
بخيار الشرط كما في المنح وليس له اي للمشتري بخلاف
التعيين مع خيار الشرط فان له رد الكل في مدته لانه

رد الكل الان صح اليه

امين في احدهما فيرده بحكم الامانة وفي الاخر مشترى قد
شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده واذا مضت
الايام بطل خياره فلا يملك ردهما ويبقى له خيار التعيين
فيرد احدهما ويورث خيار التعيين يعني لو مات من
له خيار التعيين فللوارث رد احدهما لان المورث كان
مخصوصًا بتعيين ملك المملوك برضا صاحبه فكذا
وارثه حيث انتقل الملك اليه ملحوظا بملك الغير ويورث
خيار العيب لان المورث استحق المبيع غير معيب
فكذا الوارث فله رده ان معيبا وهذا معنى الارث
فيهما فلا ينافي ما قيل انهما لا يورثان اي بنفسهما
كيف والارث فيما يحتمل الانتقال لا يورث خيار
الشرط وخيار الرؤية لانهما يثبتان للعاقد بالنص
والوارث ليس بعاقد وقال الشافعي يورث خيار
الشرط لان الوارث ورث الملك على وجه التوقف كما كان
فله خيار الشرط والانسب ذكر مسئلة الارث فبعده
في اخر الخيارات كما لا يخفى تدبر ولو اشتريا اي الرجلان
شيئا على انهما بالخيار فرضي احدهما بالبيع بان اسقط
خياره لا يرده الاخر عند الامام خلافا لهما فانهما قالا له
ان يرده وهو قول الائمة الثلاثة لانه لو لم يملكه حينئذ
كان الزاما عليه لا برضاه وفيه ابطال لما ثبت من حقه
لان كلا من الاجازة والفسخ حقه وله ان رد احدهما
دون الاخر يوجب عيبا في المبيع لم يكن عند البائع
اعني عيب الشركة وحصته في الجمع ما اذا كان بعد
القبض اما قبله فليس له الرد يعني اتفاقا فان قلت
ببيعه منهما رضي منه بعيب التبعيض قلنا اجيب بانه

ان سلم

ان سلم فهو رضي به في ملكهما لا في ملك نفسه كما في المنح
قيد بالمشتري يعني لان البائع لو كانا اثنين والمشتري
واحدا وفي المبيع خيار شرط او عيب فرد المشتري نصيب
احدهما دون الاخر بحكم الخيار جاز اتفاقا كما في شرح
المجمع وعلى هذا الخلاف خيار العيب يعني لو اشترياه
فرضي احدهما بعيب فيه لا الاخر وخيار الرؤية يعني لو
لو اشتريا شيئا لم يرياه ثم راه احدهما ورضي لا الاخر
قال في المنح ويلزم البيع لو اشترى عبدا من رجلين
صفقة واحدة على ان الخيار للبائعين فرضي احدهما
دون الاخر فليس لاحدهما الانفراد باجازة او رد هذا
عند الامام كما في الخانية ولو اشترى عبدا على انه خباز
وفي المعراج قوله على انه خباز اي عمله وحرفته هذا لا انه
لو فعل هذا الفعل احيانا لا يسمى خبازا او كاتبا فظهر
العبد بخلافه اي بخلاف ما ذكره بان كان غير خباز او غير
كاتب اخذه اي المشتري بكل الثمن المسمى ان شاء لان الوصف
لا يقابله شيء من الثمن كما اذا اشترى دارا او ارضا على
على ان فيها كذا وكذا بيتا او نخلة فوجدها ناقصة جاز
البيع وله الخيار او تركه ان امكن وهو قول الشافعي
لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط ويثبت
بفواته الخيار للمشتري لانه لم يرض بالعبد دونه وهذا
اي الاختلاف اختلاف في نوع لا اختلاف في جنس لقلة التفاوت
فلا يفسد العقد بعدمه بخلاف شرائه شاة على انها
حامل او تحلب كذا رطلا او عبد يكتب كذا وكذا حيث
يفسد البيع في ظاهر الرواية لان هذا شرط مجهول
لا وصف مرغوب حتى لو شرط انها حلوب او لبون

لابيند لانه يذكر على سبيل الوصف دون الشرط كما اذا
اشتري فرسا على انه هملاج او كلبا على انه صيود او
اشتري جارية على انها ذات لبن وهو رواية عن الامام
وبه اخذ الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد وعليه الفتوى
قيدنا بانه امكن لانه ان تعذر الرد بسبب من الاسباب
رجع المشتري على البايع في ظاهر الرواية وهو الاصح
وفي المنح لو قال احد المتبايعين شرطنا الخيار وانكر
الاخر فالقول قوله كما في دعوى الاجل والصحة فان
القول للمنكر اشتري جارية بالخيار فرد غيرها بدلها قايلا
بانها المشتراة فتنازع البايع والمشتري فقال البايع
غيرت والمبيعة ليست كذلك وانكر المشتري التغيير
وليس للبايع بينة فالقول للمشتري مع اليمين وجاز
للبايع وطيها ولو قال البايع عند رده كان يحسن ذلك
لكنه نسي عندك فالقول للمشتري ولو اشتراه من
غير اشتراط كتبه وخبزه وكان يحسن ذلك فنسيه
في يد البايع رد عليه

فصل في خيار الرؤية

من اشتري ما لم يره جاز اي صح البيع عندنا وعند
الشافعي في القول الجديد لا يصح وفي الكفاية الخلاف
فيما اذا كان المبيع كائنا بين يديهما موجودا كما اذا
اشتري زيتا في زق او برا في جوالق او ثوبا في كم
او شيئا مسمى موصوفا ومشارا اليه او الى مكانه وليس
فيه غيره بذلك الاسم حتى لو لم يكن كذلك ولم يشر اليه
او الى مكانه لا يصح البيع اتفاقا ووضع الخلاف في المبيع
اذ لا خلاف في الثمن الدين واما الثمن العين فغير
الخيار عندنا لانه بمنزلة المبيع له ان المبيع مجهول

الوصف

الوصف وجهالته تمنع الجواز ولنا قوله عليه السلام
من اشتري ما لم يره فله الخيار اذا راه وفي البحر واراد
بما لم يره ما لم يره وقت العقد ولا قبله والمراد بالرؤية
العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فصارت الرؤية من
افراد المعنى المجازي ليشمل ما اذا كان المبيع مما يعرف
بالشم كالمسك وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيرا
وما اشتراه الاعمى وفي القنية اشتري ما يذاق فذاقه
ليلا ولم يره سقط خياره وله اي للمشتري رده اي الشي الذي
اشتراه ولم يره اذا راه ما لم يوجد من المشتري ما يبطله اي
الخيار وفي البحر اختلفوا اهو مطلق او موقت فقيل
موقت بوقت امكان الفسخ بعده حتى لو تمكن منه ولم
يفسخ سقط خياره وان لم توجد الاجازة صريحا ولا دلالة
وقيل يثبت له الخيار مطلقا فيكون له الفسخ في جميع عمره
ما لم يسقط بالقول او بفعل ما يدل على الرضى وهو الصحيح
لاطلاقه النص والعبرة لعين النص لا لمعناه وان
وصلية وصف فقبله اي له الرد اذا راه وان قال قبل الرؤية
رضيت لان الخيار يثبت شرعا فلا يسقط باسقاطه بخلاف
خيار الشرط والعيب وفي شرح المجمع ثم ان اجازه بالقول
قبل الرؤية لا يبطل خياره لانه يثبت عند الرؤية فلا
يبطل قبل وقته وان اجازه بالفعل بان يتصرف فيه
فيزول كما سيجي واما الفسخ بالقول فيجوز قبل الرؤية
لعدم لزوم العقد لان اللزوم يعتمد تمام الرضى وتمامه
بالعلم باوصاف مقصوده وهو غير حاصل قبل الرؤية
ولا خيار لمن باع ما لم يره لان النبي عليه السلام اثبت
الخيار في الشرا لا في البيع وهو قول الامام اخرا

كما رجع اليه وفي قوله الاول له الخيار اعتبار بالمشتري
كخيار العيب ويبطل من الابطال خيار الرؤية ما يبطل
خيار الشرط من صريح ودلالة وضرورة مما يفعل للامتحان
لا يبطلها ان لم يتكرر كما في اكثر المعتبرات لكن فيه كلام
لانه قد يحتاج الى التكرار اذا لم يعلم بالمرة الاولى وتعذر
من تعييب او تعيب في يده قبل الرؤية بعيب لا يرتفع
كقطع اليد لانه اخذه سليما فيمتنع ان يرده معيبا
وتعذر مصدر معطوف على قوله تعيب رد بعضه
بسبب هلاك بعضه لانه لو رد بعضه الباقي لزم تفريق
الصفقة وتصرف من المشتري لا يفسخ كالاعتاق
وتوابعه من التدبير والاستيلاد او تصرف من المشتري
يوجب حقا للغير كالبيع المطلق اي كالبيع بغير قيد
الخيار والرهن والاجارة والهبة بتسليم قبل الرؤية
وبعدها لان هذه الحقوق تمنع الفسخ فيلزم البيع
ببطلان الخيار وفي البطلان قبل الرؤية خروج
عن صلاحيته ان يثبت له الخيار عند الرؤية وما اي
التصرف الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع بالخيار والمساومة
والمساومة اي العرض على البيع والهبة بلا تسليم
يبطل خيار الرؤية بعدها اي بعد الرؤية لا قبلها
لان هذه التصرفات لا تزيد على صريح الرضى فانه
لا يبطل قبلها بل بعدها وها هنا لا يوجد الا الدلالة
على الرضى المجرد بخلاف الافعال السابقة فان فيها
يوجد مع الرضى حق زائد فيبطل بعدها وقبلها
ثم اعلم ان قوله يبطل خيار الرؤية ما يبطل خيار
الشرط غير منعكس فلا يقال كل ما لا يبطل خيار الشرط
لا يبطل

٢٦

لا يبطل خيار الرؤية لانتقاضه بالقبض بعد الرؤية
فانه يبطل خيار الرؤية والعيب لا الشرط وهلاك بعض
المبيع لا يبطل خيار الشرط والعيب ويبطل خيار الرؤية
واورد صاحب البحر على الكنز والهداية في هذا المحل
فليطالع وكفت رؤية وجه الرقيق في سقوط سواء
كان امة او عبدا لانه المقصود في الرقيق وجه لا سائر
الاعضاء ورؤية وجه الدابة وكفلها اي لا يسقط الخيار
برؤية وجهها حتى ينظر الى كفلها لانه موضع مقصود منه
كالوجه هو الصحيح كما في المحيط واكتفى محمد بالنظر الى
وجهها اعتبارا بالادمي وشرط بعض العلماء رؤية القوائم
وعن الامام في البرذون والبغل والحمار يكفي ان يرى شيئا
منه الا الحافر والذنب والناصية كما في البحر وفي شاة اللحم
اي الشاة التي لحمها مقصود لا بد من الجس وهو اللمس
باليد لانه يعرف به اللحم المقصود وفي شاة القنية هي
التي تحبس لاجل النتاج لا بد من رؤية الضرع لانه
هو المقصود منها وفي الجوهرة لو اشترى بقرة حلوبا
فراى كلها ولم ير ضرعها فله الخيار لان الضرع هو المقصود
لكن في البحر لا بد من النظر الى ضرعها وسائر جسدها
فليحفظ فان في بعض العبارات ما يوهم الاقتصار
على رؤية ضرعها انتهى فعلى هذا لو قال لا بد من
رؤية الضرع مع سائر جسدها كما في الاصلاح لكان
اولى وتدبر ورؤية ظاهر الثوب ان لم يكن معلما كافية
لان برؤية ظاهره يعلم حال البقية اذ لا تتفاوت اطراف
الثوب الواحد الا يسيرا ورؤية علمه كافية ان كان
معلما لان ماليته تتفاوت بحسب علمه اطلق في هذا

خيار الرؤية صح

فيه تبع لوجهه لان
القيمة فيه تتفاوت تفاوتا
مع التساوي في سائر الاعضاء صح

لكن في المحيط مقيد بما اذا كان مطويا هذا اذا لم يخالف باطن
الثوب ظاهره اما اذا اختلفا فلابد من رؤية الباطن ايضا هذا
في عرفهم اما في عرفنا فما لم ير الباطن لا يسقط خياره لانه
ليس بمثلي فلا يعرف بدون نشره ولا بد منه وهو قول
زفر وفي المبسوط الجواب على ما قال زفر وهو المختار كما في
اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغي للمصنف ان يذكر قول زفر ويرجحه
تأمل ورؤية داخل الدار كافية وان لم يشاهد
بيوتها عند ائمتنا الثلاثة وعند زفر لا بد من مشاهدة
البيوت وعليه اي على قول زفر الفتوى اليوم قال في
المضمرات وغيره وفي عامة الروايات اذا رأى صحن الدار
او خارجها لا يسقط خياره لكن هذا الزمان مبني على
عادة اهل الكوفة في ذلك الزمان فان دورهم كانت
على نمط واحد لا تختلف وذلك يظهر برؤية خارجها
فاما في زماننا اليوم فلا بد من النظر الى داخلها للتفاوت
بيوتها ومرافقها قال بعض مشايخنا تعتبر رؤية ما هو
المقصود في الدور حتى لو كان في الدار بيتان شتويان
وبيتان صيفيان تشترط رؤية الكل مع رؤية الصحن فلا
تشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون
مقصودا وبعضهم اشترطوا رؤية الكل وهو الاظهر
فالاشبه كما قال الشافعي فهو المعتبر في ديارنا وفي
الخزانة ان الفتوى في بيت الغلة على انه يكفي رؤية
خارجه لانه غير متفاوت وقد يكفي في البستان رؤية
خارجه ورؤوس اشجاره في ظاهر الرواية وعن زفر قال لو
لابد في البستان من رؤية ظاهره وباطنه وفي الكرم
لابد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئا وفي الرمان

لابد

لابد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في
زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه
في كفه عند الامام لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود
الحائل وكذا لو اشترى سمكا في ماء يمكن اخذه من غير
اصطياد فرآه في الماء فرؤيته لا تكفي على الصحيح وان
رأى بعض المبيع فله الخيار اذا رأى باقيه لانه لو لزم
يكون الزاما للبيع فيما لم يره وانه خلاف النص
وكذا الاجازة في البعض لا تكون اجازة في الكل ولا
تصح الاجازة الا في البعض ورد الباقي كما في الاختيار
وما يعرف بالنموذج كالمكيل والموزون فرؤية
بعضه كرؤية كله وفي الاختيار والاصل اذا كان المبيع
اشياء ان كان من العدديات المتفاوتة كالثياب
والدواب والبطيخ ونحوها لا يسقط الخيار الا برؤية
الكل لانها تتفاوت وان كانت مكيلا او موزونا وهو
الذي يعرف بالنموذج او معدودا متقاربا كالجوز فرؤية
بعضه يبطل الخيار في كله لان المقصود معرفة الصفة
وقد حصلت وعليه التعارف الا ان يجده اردى من
النموذج فله الخيار وان كان المبيع مغيبا تحت الارض
كالبصل والثوم بعد النبات ان علم وجوده تحت
الارض جاز والا فلا فاذا باعه ثم قلع منه نموذجا
ورضي به فان كان مما يباع كيلا كالبصل او وزنا كالثوم
بطل خياره عندهما وعليه الفتوى للحاجة وجريان
التعامل به وعند الامام لا وان كان مما يباع عددا
كالفجل فرؤية بعضه لا تسقط خياره لما تقدم وفيما
يطعم لابد من الذوق لانه المعرف للمقصود وان كان

كان مما يشم فلا بد من شمه كالمسك وفي الولوالجية اشترى
نافجة مسك فاخرج المسك منها ليس له ان يردها بخيار
الروية والعيب لان الاخراج يدخل عليه عيبا ظاهرا
حتى لو لم يدخل كان له ان يرد بخيار العيب والروية
جميعا كما في البحر ونظر الوكيل بالشرا او القبض اي قبض
المبيع كاف لا نظر الرسول وفي الدرر اعلم ان ههنا وكيلا
بالشرا ووكيلا بالقبض ورسولا صورة التوكيل
بالشرا ان يقول الموكل كن وكيلا عني بشرا كذا وصورة
التوكيل بالقبض ان يقول كن وكيلا عني بقبض ما
اشتريته وما رايته وصورة الرسالة ان يقول كن
رسولا عني بقبضه فروية الوكيل الاول تسقط
الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه وروية
الوكيل الثاني تسقط عند الامام اذا قبضه ناظرا
اليه فحينئذ ليس له ولا للوكيل ان يرده الا من عيب واما
اذا قبضه مستورا ثم راه فاسقط الخيار فانه لا
يسقط لانه اذا قبض مستورا انتهى التوكيل بالقبض
بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا لصيرورته
اجنبيا بل للموكل الخيار وروية الرسول لا تسقط
الخيار بالاجماع وعندهما وهو قول الائمة الثلاثة
هو اي الوكيل كالرسول وفي الزاهدي هذا هو من
قلم الناسخ والصواب ان يقال وعندهما الوكيل
بالقبض كالرسول في عدم اسقاط روية الخيار لان
عدم اسقاط روية الرسول الخيار متفق عليه انما
الخلاف في الوكيل بالقبض اذا قبضه ناظرا اليه فان
رويته تسقط الخيار عند الامام لان الوكيل بالقبض

وكيل

وكيل باتمام العقد وتمامه بتمام الصفقة وتمامها بسقوط
خيار الروية فصار قبضه كقبض الموكل مع الروية
بخلاف الرسول لانه غير نايب عن المشتري وعندهما لا
يسقط بروية الوكيل بالقبض لانه وكيل بالقبض
لا باسقاط الخيار فلا يملكه ما لم يصر وكيلا به وعبارة
المص لا تقبل الاصلاح اصلا ولا يمكن له ان يدعي من
باب القلب على معنى الوكيل بالقبض كالرسول وهو
اظهر من ان يخفى فلا يصار اليه انتهى هذا ظاهر لكن
يمكن ان يقول وعندهما كالوكيل بالقبض عندهما اي
مما سواه في عدم اسقاطه روية الخيار تامل وبيع
الاعمى وشراؤه صحيح وعند الشافعي في قول لا يصح
لكن لا وجه له اذ يلزم ان يموت جوعا لو لم يجد وكيلا
وكيلا بشرا ما يطعم به وله اي للاعمى الخيار اذا اشترى
لانه اشترى ما لم يره ومن اشترى ما لم يره فله الخيار
اذا راه بالحديث كما في الهداية وفي العناية وفيه
نظر لان قوله عليه السلام ما لم يره سلب وهو يقتضي
تصور الايجاب وهو انما يكون في البصير فالاولى ان
يستدل بمعاملة الناس العميان من غير نكير فان
ذلك اصل في الشرع بمنزلة الاجماع انتهى لكن ان اراد
بتصور الايجاب وقوعه فغير لازم اذ غاية كونه
التقابل بينهما تقابل العدم والملكة ويكفي فيها امكان
الروية بان يكون من شانه وذلك متحقق بالادمية
وان لم يوجد دايما فيندفع به النظر ويسقط بجسه
اي بجس الاعمى المبيع ان كان مما يعرف بالجس كالغنم
مثلا او شمه ان كان مما يعرف بالشم كالمسك او ذوقه

اي ان كان مما يعرف بالذوق كالعسل فلم يعرف ذلك
اي باللمس او بالشم او بالذوق على سبيل البدل لان
هذه تفيد العلم كالبصير فتقوم مقام الرؤية
ويوصف العقار له اي للاعمى لانه لا سبيل الى معرفته
الا به حتى يسقط خياره بعد ذلك وعن ابي يوسف
انه اشترط مع ذلك ان يوقف في مكان لو كان بصيرا
لرآه وقال الحسن يوكل وكيلا لقبضه له وهو اي
وهو اشبه بقول الامام وقال بعضهم يمسح الحيطان والاشجار مع الوصف وان
اعمى بعد الوصف ويعدما وجد منه ما يدل على الرضى
فلا خيار له لان العقد تم ولو اشترى البصير ثم عمي
قبل الرؤية انتقل الى الوصف لوجود العجز قبل العلم
هذا كله اذا وجد المذكورات من الشم والذوق واللمس
ونحوها من الاعمى قبل شرائه ولو وجدت بعده يثبت
له الخيار بالمذكورات فيمتد الخيار ما لم يوجد منه ما لم
يدل على الرضى من قول او فعل في الصحيح ومن راى احد
الثوبين فشراهما ثم راى اي الثوب الاخر فوجده
معيبا فله ان ردهما او ردهما اي رد الثوبين ان شاء
لان رؤية احدهما لا يكون رؤية الاخر للتفاوت
في الثياب فبقي الاخر فيما لم يره فله رد احدهما اي لا رد
المعيب وحده لئلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام
على البايع لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية
قبل القبض وبعده ان قبضه مستورا وهذا يتمكن من
الرد بغير قضا ولا رضا فيكون فسخا من الاصل ومن
راى شيئا قاصد الشرائه عند رؤيته عالما بانه مرئية

الخيار

وقت

29

وقت الشراء بعد زمان فوجده متغيرا تخير لان
تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره والا اي
وان لم يتغير عن الصفة التي راها عليها فلا يتخير لان
العلم بالمبيع قد حصل بالرؤية السابقة وقد رضي بها
ما دام على تلك الصفة والتقييد نا عالما بانه مرئية
وقت الشراء لانه لو لم يعلم عند العقد انه راه من قبل
ثم ثبت له الخيار لعدم الرضا به كما في الهداية فهذا
ان النص لو قيد هذين القيدين كما قيدنا لكان اولى
تامل وان اختلفا في تغيره فقال المشتري قد تغير وقال
البايع لم يتغير فالقول للبايع مع يمينه وعلى المشتري
البينة لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر هذا
اذا كانت المدة قريبة اما اذا كانت بعيدة فالقول
للمشتري لان الظاهر شاهد له وفي البحر ولا يصدق
في دعوى التغير الا بحجة الا ان تطول المدة والشهر
طويل وما دونه قليل وفي الفتح الشهر قليل وان اختلفا
في الرؤية فقال البايع له رايت قبل الشرا وقال
المشتري ما رايت او قال له رايت بعد الشرا ثم فسخت
فقال رضيت قبل الرؤية فللمشتري اي فالقول للمشتري
مع يمينه لان البايع يدعي امرا عارضا وهو العلم بالصفة
والمشتري ينكره فالقول له وفي البحر لو اراد المشتري
ان يرده فانكر البايع كون المردود مبيعا فالقول
للمشتري وكذا في خيار الشرط لانه انفسخ العقد برده
وبقي ملك البايع في يده فيكون القول قول القابض
في تعيينه ملكه امينا كان او ضمينا كالمودع والغاصب
ولو اختلفا في الرد فالقول للبايع ومن اشترى عدل

عند رؤيته
قاصدا لشرائه الشرا
لانه لو راه لا للعقد لانه
ثم اشتراه له الخيار لعدم الايتامل
اذا راي لا للعقد الشرا كما في
كل التامل فلم يقع معرفته
البحر وانما قيدنا صح صح

زطي ولم يره وقبضه والعدل المثل والزط جيل من
الهند بتشديد الميم الثياب الزطية فباع منه اي من
العدل ثوبا او وهب لاخر وسلم فله ان يرده اي للمشتري
ان يرد ما بقي بعيب لا بخيار رؤية او شرط لانه تعذر
الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة
قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها
بخلاف خيار العيب لتمامها معه بعد القبض وكلامنا
فيه فان عاد اليه ذلك الثوب بفسخ وهو على خياره
لزوال المانع وهو تفريق الصفقة وعن ابي يوسف
لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد
القدوري وصححه قاضي خان **فصل** في خيار
العيب اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام
واضافة الخيار الي العيب من قبيل اضافة الصفة
الي موصوفها والعقد بالبيع المطلق من شرط البراءة
من كل عيب يقتضي سلامة المبيع عن العيوب لان
الاصل هو السلامة وهو وصف مطلوب مرغوب
عادة وعرفا والمطلوب عادة كالمشروط نصا فلمن وجد
في مشتريه بفتح الميم وكسر الراء اسم مفعول من الشراء
عيبا كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا
عند القبض او راه ولكن لم يعلم انه عيب عند
التجار فقبضه وعلم بذلك بعد ان كان عيبا بينا
لا يخفي على الناس كما هو ولم يكن له ان يرده وان
كان يخفي يرده مفيد امو خرجيزه قوله
فلمن او اخذه اي اخذ المشتري المبيع المعيب بكل ثمنه
لانه ما رضي عند العقد الا بوصف السلامة بدلا له

الحال

الحال فعند فوات يتخير لا امساكه ونقص ثمنه اي له
يتخير بين امساكه وبين اخذ نقصان الثمن لان
الاوصاف لا يقابلها شيء من الاثمان الا برضي بائعه
اي بامساك المشتري المبيع المعيب ونقص ثمنه والمراد
عيب كان عند البائع وقبضه المشتري من غير ان
يعلم به ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضى به بعد
العلم بالعيب وكل ما اوجب نقصان الثمن عند التجار
فهو عيب العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة
وذكر المصنف ضابطة كلية يعرف بها العيوب الموجبة للخيار
على تفصيل الاصل فقال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة
عند التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية
بانتقاص القيمة فالمتضرر بانتقاص القيمة
يرجع في معرفته عرف اهله كما في العناية فالاباق
كالكتاب لغة الاستخفاء وشرعا استخفاء العبد او
الجارية عن المولي تمردا او كلو وصليته الي ما دون السفر
من صغير يعقل هو يأكل ويشرب عيب لفراره عن العمل
لخبث وفيه اشارة الي ان اباق الصغير الذي لا يعقل
ولا يميز ليس بعيب لانه ضال لحب اللعب لا ابق وفي
القهستاني وليس باباق لو فر من محلة الي محلة
او قرية الي بلد واما العكس فاباق انتهى لكن الاشبه
ان كانت البلد كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا كما
في التبيين وكذا السرقة واللام للعهد اي سرقة
صغير يعقل عيب وان لم يكن عشرة دراهم وقيل
دون درهم ليس بعيب وفي غير ماكول لا لانها عادة
بلا فكر ولا فرق بين ان يسرق من مولاه او غيره

الشيء الى سببه مطلق
البيع الاضافة من
قبيل الاضافة صح

وعادة
ونقصان المالية

كذا في التبيين

لكن سرقة المأكول من المولى ليست بعيب والبول في الـ
الفراش من صغير يعقل عيب لكونه من داء وفي غير
عاقل لا يعد عيبا لظهوره من ضعف المثانة ولعدم
التدارك وهي أي الاباق والسرقة والبول في الفراش
في الكبير عيب آخر ثم فرعه بقوله فلو أبق او سرق او بال
في الفراش في صغره عند البائع ثم عاوده كل واحد منها
عند المشتري فيه أي في الصغر رد به أي يرد المشتري
بكل واحد منها على البائع ان شاء لكونها عيبا قديما لاتحاد
السبب وهنا مسئلة عجيبة وهي ان من اشترى عبدا
صغيرا فوجده يبول في الفراش وتعيب عنده بعيب
آخر كان له ان يرجع بنقصان العيب ثم كبر للبائع ان
يسترد ما اعطى من النقصان لزوال العيب بالبلوغ
وان أبق او سرق او بال عند البائع في صغره ثم عاوده
عنده أي عند المشتري بعد البلوغ فيكون عيبا آخر
لاختلاف السبب والجنون المطبق قيل اكثر من يوم
وليلة وقيل من ساعة عيب في الغلام والجارية مطلقا
سواء كان في حال صغره او كبره فلو جن في صغره عند
البائع وعاوده عند المشتري فيه أي في صغره او في كبره
رد به لان الثاني عين الاول اذ معدن العقل هو
القلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع هذا
الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن قيل يكفي
في الرد جنونه عند البائع فقط لكن الصحيح انه
لم يرد بدون المعاودة وعليه الجمهور والبخر بفتحتين
والخاء المعجمة نتن رائحة الفم وفي النهاية نتن رائحة
الانف والدفر بفتحتين والذال المعجمة الرائحة طيبة

لا أي لا يرده لان ما يعاود بعد البلوغ

او خبيثة

او خبيثة ومرادهم نتن الابط وبالدال المهملة مصدر
دفر اذا خبث رائحته وبالسكون اسم منه كما في الطلبة
وغيره ومن الظن ان في المغرب مرادهم منه حدة الرائحة
منتنة او طيبة بانه قال اراد منه الصنان بضم المهملة
وهو نتن الابط على ان الرائحة الطيبة من العيوب
عيب لا يخفى على عاقل كما في القهستاني والزنا والتولد
منه أي من الزنا كل من هذه الاربعة عيب في الجارية
لان ذلك يخل بالمقصود منها فالبخر والدفر يخل بالقرب
للخدمة والزنا بالاستفراش والتولد من الزنا بطلب
الولد لا في الغلام أي ليس هذه الاشياء عيبا في الغلام
العبد لان المطلوب منه الاستخدام من بعد وهذه
الاشياء لا تخل به الا ان يكون البخر والدفر من داء وهو
[illegible] استثناء من مقدر تقديره ان المذكور لا يكون عيبا
في الغلام في كل الاحوال الا ان يكون البخر والدفر
فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى او يكون الزنا عادة
له بان يتكرر اكثر من مرتين ولا يشترط للمعاودة عند
المشتري في الزنا كما في اكثر الكتب فعلى هذا لو قال بعده
او يكون الزنا عادة له لكان اولى ويخل ان البخر عيب في
الامرد وهو الاصح كما في الخلاصة وفي العمادية لو كان
الغلام بالغا يفعل به [illegible] عيب وبالاجر [illegible] بعيب
وعند الائمة الثلاثة انما ذكر عيب في العبد ايضا
والاستحاضة عيب لان استمرار الدم علامة الداء وكذا
عدم الحيض لبنت سبع عشرة سنة لا اقل وقيد بسبع
عشرة لانه اقصى مدة البلوغ عند الامام وعندهما
خمس عشرة سنة لان الحيض هو الاصل في بنات

ادم وهو دم صحة فاذا لم تحض فالظاهر انه عن داء ولذا
قالوا لا تسمع دعواه بانقطاعه الا اذا ذكر سببه من داء
او حبل لان ارتفاعه بدونهما لا يعد عيبا والمرجع في الحبل
الى قول النساء وفي الداء الى قول طبيبين عدلين
ويتم ذلك اي المذكور من الاستحاضة وعدم الحيض
بقول الامة لانه لا يعرفه غيرها ولكن لا يرد بقولها
فترد الامة اذا انضم اليه اي الى قول الامة نكول البايع
قبل القبض وبعده يعني اذا قالت الامة وانكره البايع
يستحلف فان نكل سواء كان قبل القبض او بعده ترد
عليه بنكوله في ظاهر الرواية وهو الصحيح وعن ابي
يوسف ترد بلا يمين البايع لضعف المبيع قبل القبض
حتى يملك المشتري الرد بلا قضاء ولا رضا وصح الفسخ
للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية
لا يقبل قول الامة فيه ذكره الكافي ولو ادعى انقطاعه
في مدة قصيرة لم تسمع واقلها ثلاثة اشهر عند الثاني وفي مدة مديدة تسمع
واربعة اشهر وعشر عند الثالث والانقطاع من وقت
الشراء وحاصله انه اذا صح دعواه سئل البايع فان
صدقه ردت عليه وان لم يحلفه عند الامام كما
(ان حلف برئ)
سيأتي وان انكره وانكر كونه عنده حلف فان نكل
ردت عليه ولا تقبل البينة على ان الانقطاع كان
عند البايع للتيقن بكذبهم بخلاف الشهادة على
الاستحاضة كما في البحر وغيره والكفر عيب فيهما اي
في الغلام والجارية لعدم الايمان على المصالح الدينية
وعند الشافعي انه لو اشتراه ليس بعيب ومن اغرب
ما ذكره الزيلعي رواية عن الشافعي انه لو اشتراه

على انه

على انه كافر فوجده مسلما يرد حيث يكون الاسلام
عيبا ولا يكون الكفر عيبا وكذا الشيب بالشين المعجمة
عيب وكذا الشمط اختلاط البياض بالسواد في الشعر
لانه في غير اوانه دليل الداء وفي اوانه دليل الكبر
فيصير عيبا على النقد بزيف وكذا الصهوبة بضم المهملة
حمرة الشعر اذا فحشت بحيث تضرب الى البياض والدين
لان ماليته تكون مشغولة به والغرماء مقدمون
على المولى اطلقه فشمل دين العبد والجارية وما اذا
كان مطالبا به للحال او متأخرا الى ما بعد العتق ماذونا
او محجورا وليس كذلك بل المراد الدين الذي يطالب به
في الحال بسبب الاذن لا الدين المؤجل الى العتق ولا
المحجور لان دينه لا يطالب الا بعد العتق فلا يكون
عيبا كما في البحر وغيره فعلى هذا لو قيده بهذين
القيدين لكان اولى تامل والسعال القديم يعرفه الاطباء
واما السعال الحادث فليس بعيب لانه يزول والشعر
والماء في العين لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى
ولا خصوصية لهما بل كل مرض بالعين فهو عيب ومنه
السبل وكثرة الدمع والقرح في العين والعشى وهو ضعف
البصر بحيث لا يبصر في الليل والعمش والشتر والحول والحوص
وهو نوع من الحول والجرب في العين وغيرها وقد ذكر
لهم اولا ضابط العيب ثم ذكر عددا من العيوب ولعل
يستوفونها لكثرتها فلا بأس بتعداد ما اطلعنا عليه
في كلامهم تكثيرا للفوائد فمن العيوب المشتركة بين ٣
العبد والامة الشلل والشمم والصمم والخرس
والعرج والسن الساقطة والشاغية والسواد في الظفر

وفي الصغر اختلاف ووجع والاصبع الزايدة والناقصة
والظفر الاسود المنقص للثمن والعسر وهو العمل
باليسار عجزا والثولول والخال ان كان فيه نقص هو
منقصين والكذب والنميمة وترك الصلاة
وغيرها من الذنوب والنكاح والقمار بالنرد ونحوه
والامراض والكي وتشنج في الاعضا وكثرة الاكل وقيل
في الجارية عيب لا الغلام والاشكال انه لا فرق اذا افرط
وعدم استمساك البول والحمق ونحوهما ومن المختصة
بالعبد العنة والخصي بخلاف ما لو وجده فحلا اشترى على
انه خصي والفتق والادرة وعدم الختان اذا كان
كبيرا والرعونة واللين في الصوت والتكسر في المشي
ان كثر فان قل لا ومحلوق اللحية او منتوفها اذا
اشترى امرد والتخنث بالعمل القبيح وشرب الخمر
ومن المختصة بالامة الرتق والقرن والعفل والحبل
والمغنية وعدة رجعي والولادة عند البايع او قبله
وثقب في الاذنين ان واسعا ومحترقة الوجه
لا يدري حسنها من قبحها بخلاف ما اذا كانت ذمية
او سوداء وفي البزازية وان اشتراها على انها جميلة
فوجدها قبيحة ترد وكل عيب يمكن المشتري من
ازالته بلا مشقة لا يرد به كاحرام الجارية ومنها ما
في الحيوانات من الحرون والجرن والجمح والقدع
والسكك والنفخ والشمس والدخس وخلع الرسن
واللجام والصدف والشدق والعشر والعزل وقلة
الاكل ومصارنيه جنعا وعدم الحلب ان كانت مثلها
تشترى للحلب وان كانت لا وما يمنع التضحية في الضحي
ومما

ومما في غيرها الهشم والحرق والعفونة وكون الحنطة
مسوسة وضيق احد الخفين لاطلاهما والثقب الكبير
في الجدار وكثرة بيوت النمل في الكرم او كان فيه ممر
الغير ومسيل الغير والنز والسبخ وكون الاية سا
ساقطة او الخطا في المصحف وعدم مسيل في الدار
وعدم الشرب في الارض او مرتفعة ونجاسة ما ينقص
الغسل وذكر قاضيخان ان فوات الشرط بمنزلة
العيب فان ظهر عيب قديم اي كان عند البايع بعد
ما حدث عند المشتري عيب اخر رجع بالنقصان
لانه تعذر الرد بسبب العيب الحادث وطريق معرفته
ان يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو سالم فاذا عرف
التفاوت بين القيمتين يرجع عليه بحصته من
الثمن كثوب شراه فقطعه اي الثوب فاطلع اي المشتري
على عيب فليس له الرد بل يرجع بالنقصان كما بينا
انفا الا ان يرضى البايع استثناء من المسئلتين
باخذه كذلك اي معيبا او مقطوعا فله اي للمشتري
ذلك اي الاخذ لان الامتناع لحقه فاسقط حقه بالرضى
حتى لو باعه المشتري بعد ما حدث عيب اخر سقط
رجوعه بالنقصان لانه صار حابسا له بالبيع اذ
الرد غير ممتنع بالقطع برضا البايع فكان مفوتا للرد
بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع
بالنقصان لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد
قبله بالخياطة من غير علم بالعيب وبعده امتناع الرد
لا تاثير له فان خاطه المشتري بعد ما قطع الثوب
او صبغه احمر قيد به لتكون الزيادة في المبيع

ثابتة اتفاقا لانه لو صبغه اسود يكون نقصانا
عنده كالقطع وقالا يكون زيادة او لت السويق
بسمن اي لو كان المبيع سويقا فخلطه بسمن ثم ظهر
عيب رجع على البايع بنقصانه لتعذر الرد بسبب
الزيادة وحاصله ان الزيادة نوعان متصلة وهي قسمان
متولدة عن الاصل كالجمال حيث لا يمنع الرد في ظاهر
الرواية وغير متولدة منه كالصبغ فانه يمنع الرد اذا
حدث بعد القبض واما اذا حدث قبل القبض فلا وغير
متولدة منه فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا
فسخ فسلم الزيادة للمشتري لوجود الربا حتى لو باع
اي المشتري الثوب المخيط او المصبوغ بالحمر او السويق
الملتوت بالسمن بعد روية عيبه لا يسقط الرجوع
لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا
للمبيع وعلى هذا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا
لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع
بالنقصان بخلاف ما لو كان الولد كبيرا لان التمليك
حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها
بالتسليم اليه وهذا معنى ما في الفوايد الظهيرية
من الاصل كل موضع يكون المبيع قايما على ملك
المشتري ويمكنه الرد برضا البايع فاخرجه عن ملكه
لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قايما
على ملكه ولا يمكنه الرد وان قبله البايع فاخرجه
عن ملكه يرجع بالنقصان كما في البحر ولو اعتق
المشتري المبيع بلا مال او دبر او استولد قبل العلم
بالعيب لانه بعد العلم لا يرجع ثم ظهر العيب رجع
بنقصان

وليس للبائع ان يأخذ قطعا لحق الشرع والرضا به المشتري صح

بنقصان العيب اما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع
وهو قوله لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل
وفي الاستحسان يرجع وهو قول الشافعي واحمد
لان العتق انتهاء للملك لان الادمي ما خلق في الاصل
محلا للملك وانما يثبت الملك فيه على خلاف الاصل
موقتا الى الاعتاق فكان انتهاء كالموت وهذا لان
الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد
متعذر ولهذا يثبت الولاء بالعتق وهو من اثار
الملك فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلته
لانهما وان كانا لا يزيلان الملك فقد تعذر الرد مع
بقاء الملك فيرجع بالنقصان لانه استحق المبيع بوصف
السلامة فصار كما لو تعيب عنده وكذا يرجع بنقصان
العيب ان ظهر عيب قديم بعد موت المشتري لان الملك
ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله وان اعتق المبيع على
مال او قتله لا يرجع بشيء لانه حبس بدله في الاعتاق
على مال وحبس البدل كحبس المبدل وعن الامام وهو
قول ابي يوسف والشافعي انه يرجع لان البدل
والمنفعة لكن انهاء كالاعتاق مجانا والكتابة
كالاعتاق على مال لحصول العوض فيهما واما القتل
فلانه لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط هنا باعتبار
الملك ان لم يكن مديونا فان كان مديونا ضمنه السيد
فصار كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق
لانه يوجب الضمان لا محالة هذا ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف انه يرجع لان المقتول ميت باجله فكانه
مات حتف انفه وكذا لا يرجع بالنقصان عند الامام

ان كان قبل العلم بالعيب صح
وهو قول الشافعي

لان المحل بها خرج عن ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك صح

خلافا لهما فانه يرجع بالنقصان عندهما وفي المنح ثم
قال ابو يوسف يرد ما بقي ان رضي البائع لان
الاستحقاق الرد في البعض دون الكل فيتوقف على
رضاه وقال محمد يرد الباقي مطلقا لان رده ممكن حيث
لا يضره التبعيض ويرجع بالنقصان فيما اكله لتعذر
رده وعند الامام لا يرجع بشيء وقد اعتمده صاحب
الكنز وغيره قال في النهاية وقالا يرجع استحسانا
في الاكل ثم قال وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب
حتى تخرق وعنهما يرد ما بقي ويرجع بنقصان ما اكل
وعليه الفتوى وفي البحر ان الفتوى على قولهما في
الرجوع بالنقصان كما في الخلاصة وفي المجتبى واكل
بعض الطعام يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي
عنده وبه يفتى وان باع نصفه لا يرجع ويرد ما بقي
وبه يفتى ايضا ولو اشترى طعاما فاطعمه ابنه
او امرأته او مكاتبه او ضيفه لا يرجع وان اطعم عبده
او مدبره او ام ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى
سمنا ذائبا واكله ثم اقر البائع انه كان وقعت فيه
فارة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى كما في البحر
وفي القنية ولو كان غزلا فنسجه او قطنا فغزله
ابريسما ثم ظهر انه كان رطبا وانتقص وزنه رجع
بنقصان العيب بخلاف ما اذا باع وان اشترى بيضا
او جوزا او بطيخا او قثاء وخيارا فكسره فوجد به
لانه لو اطلع قبل كسره فانه يرده فوجده فاسدا
بان كان منتنا او مدرا فان كان ينتفع به في الجملة
بان صلح لاكل بعض الناس او الدواب يرجع بنقصان
وفيما

دفعا للضرر بقدر الامكان ولا يرد لان الكسر عيب حادث
الا ان يقبله البائع مكسورا او يرد الثمن وقال الشافعي
يرده والا اي وان لم ينتفع به اصلا فبكل ثمنه اي يرجع
بجميع الثمن لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر
في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار
اللب بخلاف بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد
الكسر فانه يرجع بالنقصان لان ماليته باعتبار
القشر ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل كالواحد
والاثنين في المائة صح البيع استحسانا لعدم خلوه
عادة ولا اعتبار لمكان التراب في الحنطة الا ان يعده
الناس عيبا فله الرد والا اي وان لم يكن قليلا بل كثيرا
فسد البيع في الكل ويرجع بكل ثمنه عند الامام لجمعه
في العقد بين ما له قيمة وما لا قيمة له وعندهما يجوز
بحصة الصحيح منه وقيل يفسد العقد في الكل اجماعا
[illegible] فوجده متعيبا مكان فاسدا لكان اولى
لاندراجه عيب الخرق وقلة لبنه وسواده تدبر وفي الفتح
[illegible] فيها فخبز بعضه وظهر انه مر يرد ما بقي
ويرجع بنقصان ما خبز وفي البحر اشترى عددا من
البطيخ او الرمانات او السفرجل فكسر واحدا فاطلع على
عيبه رجع بحصته من الثمن لا غير ولا يرد الباقي الا
ان يبرهن ان الباقي فاسد ولو وجد في المسك رصاصا
ميزه ويرد بحصته قل او كثر ومن باع ما شراه باحد
فرد عليه اي باع ما شراه بعيب اي بسبب عيب نقضا
بعد قبضه باقرار ومعنى القضا بالاقرار انه انكر
الاقرار فاثبتت بالبينة كما في الهداية وانما اول هذا

لانه لولم ينكر الاقرار لا يحتاج الى التفاصيل يرد عليه باقراره
بعيب فاذا رده بلا قضا لا يرد على بايعه كما في اكثر
الشروح لكن لا حاجة الى هذا التاويل لانه لا يمكن
ان لا ينكر اقراره مع انه لا يرضى بالرد فترده بالقضا فلا
يكون بيعا لعدم الرضا كما في التسهيل او نكول عن
اليمين او بينة رده على بايعه الاول لانه بالقضاء
فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر
انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء
كما في الهداية ومنهم من جعله قول ابي يوسف وعند
محمد ليس له ان يخاصم بايعه لتناقضه وغايته على ان
ان سبق منه جحود بصابات قال بعت وما به هذا
العيب والما احدث عنده ثم رد عليه بقضا ليس له
ان يخاصم بايعه ومنهم من حمله على ما اذا كان ساكتا
والبينة تجوز على الساكت ويستحلف الساكت ايضا
لتنزيله منكرا كما في البحر ولو قبله برضاه لا يرده عليه
على بايعه الاول وقيل في عيب لا يحدث مثله كالا
صبع الزائدة يرد للتيقن به عند البايع الاول
والاصح انه لا يرده عليه عند الكل كما في الرضيا اذا كان
الرد بعد القبض اما قبله فله ان يرده على
بايعه الاول وان كان بالتراضي في غير العقار كما في
المنح وغيره ومن قبض ما اشتراه ثم ادعى عيبا لا يجبر
على المشتري دفع ثمنه الى البايع لاحتمال ان يكون
صادقا في دعواه بل يبرهن المشتري اي يقيم البينة
لاثبات العيب بانه وجد بالمبيع عند المشتري لانه
ان لم يوجد عنده ليس له ان يرده وان كان عند

البايع

البايع لاحتمال الحدوث فاذا برهن انه وجده عنده يحتاج
ان يبرهن ايضا ان هذا العيب كان به عند البايع ثم
لاحتمال انه حدث عنده او يحلف بايعه على قولهما لانه
ان اقر به لزمه فاذا انكره يحلف فان حلف برئ وان نكل
فسخ القاضي العقد بينهما فان قالا الظاهر بالواو شهودي
غيب جمع غايب دفع الثمن ان حلف بايعه لان الانتظار
ضرها بالبايع وليس فيه كثير ضرر على المشتري لانه متى
اقام البينة رد عليه المبيع واخذ ثمنه ولزم العيب ان
نكل البايع لان النكول حجة فيه بخلاف الحدود وفي عبارة
الهداية ههنا كلام فليراجع شروحها ومن ادعى للمشتري
اباق مشتريه اي اباق الرقيق الذي اشتراه فانكر البايع
برهن المشتري اولا انه اي الرقيق ابق عنده يعني
لا يسمع دعوى المشتري هذه حتى يثبت وجود العيب
عنده فاذا اقام بينة انه ابق عنده تسمع دعواه بعد
ذلك ثم يحلف بايعه على البتات مع انه فعل الغير ويقال
في كيفية التحليف بالله لقد باعه وسلمه وما ابق قط
وفي المنح هذا هو الاحوط انتهى لكن في هذا الوجه
ترك النظر للبايع لان قوله وما ابق قط شامل
للاباق من الغاصب اذا لم يعلم منزل مولاه او لم يقدر
على الرجوع اليه وهذا ليس بعيب او بانه ما له حق
الرد عليك من الوجه الذي يدعي المشتري او بالله ما
ابق عندك قط كما في اكثر الكتب لكن قال المتاخرون
فيه ترك النظر للمشتري لانه لا يثبت وله الاباق من
المودع والمستاجر والمستعير والغاصب لا الى منزل مولاه
مع القدرة على الرجوع اليه مع انه عيب لا يحلف بان

اثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على ان هذا العيب لم يكن عنده فان حلف برئ صح وان نكل

اي عند المشتري عنده

بان يقال باذنه لقد باعه وما به هذا العيب لان العيب
قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فيتضرر
المشتري او لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب اذ يمكن ان
يأول البايع كلامه ويريد ان العيب لم يكن موجودا عند
البيع والتسليم معا فيتضرر المشتري وفي اباق الكبير
اي اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف بالله ما ابق منذ
بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب الرد وفي
الدرر ينبغي ان يكون الحكم في البول في الفراش والسرقة
ايضا كذلك لاشتراكهما في العلة والى ما اشار في الغاية
بقوله وذلك لان اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلاثة
وعند بينة للمشتري على اباقه عنده اي المشتري عدم
يحلف البايع عندهما انه ما يعلم انه اي العبد ابق عنده
اي المشتري لان الدعوى صحيحة حتى تترتب عليها
البينة فكذا اليمين والمختلف اعلى قول الامام فقيل
يحلف وقيل لا وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى
صحيحة ولا تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد
قيام العيب فان نكل البايع عن اليمين على قولهما ثبت
اباقه عند المشتري وحلف ثانيا للرد كما مر فاذا نكل
بان لم يكن قيمه عنده او عند البايع
ثبت العيب عند المشتري هذا في العيوب التي لا
تظهر للقاضي ولا يعرف اهي حادثة عند المشتري ام لا
واما العيوب التي لا يحدث مثلها كالاصبع الزايدة
والناقصة والعمى يقضي القاضي بالرد من غير تحليف يقضي
لتيقنه بوجوده عند البايع الا اذا ادعى البايع رضاه
واشترى بطريقه ولو قال بايعه بعد التقابض اي بعد
قبض المشتري المبيع والبايع الثمن بعتك هذا مع اخر
وقال

وقال المشتري لا بل بعتنيه وحده فالقول له اي للمشتري
مع اليمين لان القول للقابض امينا كان او ضمينا كما في
الوديعة والغصب وكذا يكون القول للمشتري لو اتفقا في
قدر المبيع واختلفا في المقبوض لما بيناه من ان القول
للقابض ولو اشترى عبدين صفقة اي في عقد واحد
وقبض احدهما ووجد بالمقبوض او بالاخر عيبا ردهما اي
العبدين جميعا او اخذهما جميعا ولا يرد المعيب وحده
اي ليس للمشتري ان يرده وحده لانه تفريق الصفقة
قبل التمام وعن ابي يوسف انه يرد المقبوض خاصة لان
الصفقة فيه تمت لتناهيها فيه والاصح الاول لان تمام
الصفقة متعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل لا اذا
ظهر العيب بعد قبضهما لانه تفريق بعد التمام فلا
يمنع الرد وحده خلافا لزفر ووضع المسئلة في عبدين
لكونهما مما يمكن الانتفاع باحدهما لانه لو لم يكن كما اذا
اشترى خفين ووجد في احدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة
اتفاقا لانهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو
المعنى ولهذا قالوا لو اشترى زوج ثور وقبضهما ثم وجد
باحدهما عيبا وقد الف احدهما الاخر بحيث لا يعمل بدونه
لا يملك رد المعيب خاصة ولو كان المبيع كيليا او وزنيا
من نوع واحد ووجد بعض الكيلي او الوزني معيبا بعد
القبض رد كله او اخذه اي اخذ كله بعيبه لانه كالشيء الواحد
فليس له ان ياخذ البعض سواء كان قبل القبض او بعده
كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا خلافا [illegible]
وقوله بعد القبض اتفاقي ولو تركه لكان اولى تدبر
وقيل هذا اي الخيار بين رد الكل او اخذه اذا لم يكن

بان يقال بائعه لقد باعه وما به هذا العيب لان العيب
قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فيتضرر
المشتري او لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب اذ يمكن ان
يؤول البائع كلامه ويريد ان العيب لم يكن موجودا عند
البيع والتسليم معا فيتضرر المشتري وفي اباق الكبير
اي اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف بالله ما ابق عنده
بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب الرد وفي
الدرر ينبغي ان يكون الحكم في البول في الفراش والسرقة
ايضا كذلك لاشتراكهما في العلة واليه اشار في الغاية
بقوله وذلك لان اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلاثة
وعند بينة للمشتري على اباقه عنده اي المشتري (عدمه)
يحلف البائع عندهما انه ما يعلم انه اي العبد ابق عنده
اي المشتري لان الدعوى صحيحة حتى تترتب عليها
البينة فكذا اليمين واختلفوا على قول الامام فقيل
يحلف وقيل لا وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى
صحيحة ولا تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد
قيام العيب فان نكل البائع عن اليمين على قولهما اثبت
اباقه عند المشتري وحلف ثانيا للرد كما مر فاذا نكل (بان لم يكن عنده اي عند البائع)
ثبت العيب عند المشتري هذا في العيوب التي لا
تظهر للقاضي ولا يعرف اهي حادثة عند المشتري ام لا
واما العيوب التي لا يحدث مثلها كالاصبع الزائدة
والناقصة والعمى فان القاضي (يقضي) بالرد من غير تحليف
لتيقنه بوجوده عند البائع الا اذا ادعى البائع رضاه
او تبرء بطريقه ولو قال بايعه بعد التقابض اي بعد
قبض المشتري المبيع والبائع الثمن بعتك هذا مع آخر
وقال

وقال المشتري لا بل بعتني هذا وحده فالقول له اي للمشتري
مع اليمين لان القول للقابض امينا كان او ضمينا كما في
الوديعة والغصب وكذا يكون القول للمشتري لو اتفقا في
قدر المبيع واختلفا في المقبوض لما بيناه من ان القول
للقابض ولو اشترى عبدين صفقة اي في عقد واحد
وقبض احدهما ووجد بالمقبوض او بالآخر عيبا ردهما اي
العبدين جميعا او اخذهما جميعا ولا يرد المعيب وحده
اي ليس للمشتري ان يرده وحده لان فيه تفريق الصفقة
قبل التمام وعن ابي يوسف انه يرد المقبوض خاصة لان
الصفقة فيه تمت لتناهيها فيه والاصح الاول لان تمام
الصفقة متعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل الا اذا
ظهر العيب بعد قبضهما لانه تفريق بعد التمام فله
يمنع الرد وحده خلافا لزفر وموضع المسئلة في عبدين
لكونه مما يمكن الانتفاع باحدهما لانه لو لم يكن كما اذا
اشترى خفين ووجد في احدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة
اتفاقا لانهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو
المعنى ولهذا قالوا لو اشترى زوج ثور وقبضهما ثم وجد
باحدهما عيبا وقد الف احدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه
لا يملك رد المعيب خاصة ولو كان المبيع كيليا او وزنيا
من نوع واحد ووجد بعض الكيلي او الوزني معيبا بعد
القبض رده كله او اخذه اي اخذ كله بعيبه لانه كالشيء الواحد
فليس له ان ياخذ البعض سواء كان قبل القبض او بعده
كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا خلافا [illegible]
وقوله بعد القبض اتفاقي ولو تركه لكان اولى تدبر
وقيل هذا اي الخيار بين رد الكل واخذه ان لم يكن

في وعابين والا فهو كالعبدين حتى يرد او عا الذي وجد فيها العيب وحده ولو استحق بعض اشترى الكيلي او الوزني بعد القبض لمشترية رد ما بقي بخلاف الثوب قال صاحب المنح استحق بعض المبيع فان كان استحقاقه قبل القبض خير في الكل لتفريق الصفقة وان بعد القبض خير في القيمي كالثوب عيب فيخير بخلاف المثلي وقال ظهير الدين اذا استحق نصف الدار شائعا فالمشتري بالخيار عندنا ان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن وان شاء امسك ما بقي ورجع على البائع بثمن المستحق وان استحق منها موضع بعينه ان كان قبل القبض فهو بالخيار وان بعد القبض فلا خيار له ويرجع بثمن المستحق وكان الخصاف له ان يرد الكل ويرجع بالثمن وفي شرح الطحاوي اذا اشترى شيا ثم استحق منها موضع بعينه ان كان قبل القبض فهو بالخيار وان بعد القبض فلا خيار له ويرجع بثمن المستحق وكان الخصاف له ان يرد الكل بعضه فان كان شيا لا يمكن تمييزه الا بضرر كالدار والارض والكرم والعبد يتخير المشتري والا فلا وان قبض المشتري احد المبيعين فيما اذا وقع البيع على شيئين فحكمه حكم ما قبل قبضهما فيثبت الخيار للمشتري سواء ورد الاستحقاق على المقبوض او غيره لتفريق الصفقة قبل التمام ومداواة المشتري المعيب بعد روية العيب وركوبه اي ركوب المعيب بعدها وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع واللبس والسكنى رضا لانه دليل الاستبقا وفيه اشارة الى ان الاستخدام بعد العلم لا يكون رضا استحسانا لان

الناس

الناس يتوسعون فيه وهو الاختيار كما في البحر وفي البزازية ان الاستخدام رضا العيب في المرة الثانية على الصحيح الا اذا كان في نوع اخر وفي التنوير اشترى جارية لها لبن فارضعت صبيا له ثم وجد بها عيبا كان له ان يردها كما لو استخدمها وفي العمادية اشترى جارية ولم يتبرأ من عيوبها فوطيها او قبلها او لمسها بشهوة ثم وجد بها عيبا لم يردها مطلقا ويرجع بالنقصان الا اذا رضي البايع ولو ركبه لرده وعلى البايع او سقيه او شرا علفه ولا بد له منه فلا اي لا يكون هذه الاشيا رضا بالعيب للاحتياج اليه فيل الركوب للرد لا يكون رضا كيف ما كان وفي البحر ادعى عيبا في حمار فركبه ليرده فعجز عن البينة فركبه جائيا فله الرد ولو ركب ليستطلع الى سيرها فهو رضا وفي الفتح وجد بها عيبا في السفر وهو يخاف على حمل حمله عليها ويرد بعد انقضا سفره وهو معذور ولو قطع اليد المبيع بعد قبضه اي المشتري او قتل بسبب متعلق بقطع وقتل على التقدير كان عند البايع رده واخذ ثمنه في صورة القطع يعني اشترى عبدا قد سرق عند البايع ولم يعلم به وقت الشرا والقبض فقطعت يده عند المشتري له ان يرده وياخذ ثمنه عند الامام وكذا اذا قتل بسبب كان عند البايع لكن في القتل لا رد بل اخذ الثمن وقالا لا يرده بل يرجع بنقص ما بين كونه سارقا وغير سارق او قاتلا وغير قاتل ان لم يعلم المشتري بالعيب عند الشرا والا اي وان علم المشتري بالعيب عند الشرا فلا والخلاف مبني على انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لان

الموجود في يد البايع سبب القطع والقتل وهو لا ينافي
المالية فينعقد العقد فيه لكنه متعيب فيرجع
بنقصانه لتعذر الرد وله ان سبب الوجوب حصل في يد
البايع والوجوب يفضي الى الوجود فيضاف الوجود الى
السبب السابق وقوله ان لم يعلم بالعيب يقيد على
قولهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يقيد على قوله
في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع كما في
البحر وغيره وظاهر كلام المولف انه لبيعه بجميع
امسكه او الرجوع بنصف الثمن وليس كذلك بل هو
مخير فلو امسكه او له اخذ نصف الثمن لانه بمنزلة
الاستحقاق لا العيب حتى لو مات بعد القطع حتف
انفه رجع بنصف الثمن عنده كالاستحقاق وقد يكون
القطع عند المشتري لكنه عنده يرجع بالنقصان عنده
ايضا وبالقطع لانه لو اشترى مريضا فمات منه عند
المشتري او عبدا زنى عند البايع فجلد عند المشتري
فمات رجع بالنقصان عنده لا بقيمته وكذا لو زوج امته
البكر ثم طلقها وقبضها المشتري ولم يعلم النكاح
ثم وطيها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان
زوالها بسبب كان عند البايع كما في الفتح ولو تداولته
الايدي يعني بعد وجوب سبب القطع في يد
البايع لو تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع في يد
المشتري الاخير رجع الباعة جمع بايع واصله بيعة
على وزن نصرة بعضهم على بعض عند الامام
كالاستحقاق وعندهما يرجع المشتري الاخير على
بايعه لا يرجع بايعه اي بايع المشتري على بايعه

كما في

لانه لو قطعت عند البايع ثم باعه فمات عند المشتري به فانه صحيح

٢٩

كما في العيب لان المشتري الاخير لم يصر حابسا للمبيع
حيث لم يبعه ولا كذلك الاخرون فان البيع يمنع الرجوع
بنقصان العيب كما تقدم ولو باع بشرط البراة من كل عيب
صح وان لم يعد العيوب عندنا لان الجهالة
في الابراء لا تفضي الى النزاع وان تضمن التمليك لعدم الحاجة
الى التسليم وقال الشافعي لا يجوز لان الابراء عن الحقوق
المجهولة لا يجوز قال الحموي وعند زفر البيع جايز والشرط
فاسد اذا كان مجهولا حتى اذا ذكر العيوب وعددها صحت
البراة كما كان ابن ابي ليلى يقول لا تصح البراة من العيب
مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت هذه المسئلة
بينه وبين الامام الاعظم في مجلس ابي جعفر الدوانقي فقال
له الامام ارايت لو باع جارية في موضع المأتي منها عيب
او غلاما في ذكره عيب اكان يجب على البايع ان يري المشتري
ذلك الموضع منها او منه ولم يزل يحمل به هكذا حتى افحمه
وضحك الخليفة مما صنع به ويدخل في البراة عن العيوب
العيب الحادث قبل القبض عند ابي يوسف وذكره مع
الامام في المبسوط وفي الخانية انه ظاهر مذهبهما لان
المراد لزوم العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة
وذلك بالبراة عن الموجود والحادث خلافا لمحمد فانه
قال لا يدخل فيه الحادث اذ المقصود هو البراة عن
العيب الموجود لا على العموم فلا يدخل المعدوم واجمعوا
على انه لو ابراه من كل عيب به لا يدخل الحادث ولو قال
ابراتك من كل عيب وما يحدث لم يصح اجماعا فاستشكل
على قول ابي يوسف لانه مع التنصيص لا يصح فكيف
يصح ويدخل بلا تنصيص ولكن هذا على رواية

يعني بان يقول بعت هذا العين على اني بري من كل عيب جامع

لا يجوز لان فيه التمليك وهو يودي الى تمليك المجهول اصح

واعلم ان البيع بالبراءة عن العيوب جايز في الحيوان وفيما سواه ويدخل في البراءة ما علمه البايع وما لم يعلمه وما وقف عليه المشتري وما لم يقف عليه وسواء سمى جنس العيوب او لم يسم اشار اليها او لم يشر اليها ويبرأ من كل عيب موجود به وقت البيع وعما يحدث بعده الى وقت التسليم في قول ابي حنيفة وابي يوسف جامع

الاسبيجابي واما على رواية المبسوط فيصح الاشتراط
باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب
الموجب للرد وفي التنوير ابراه من كل داء فهو على ما في
الباطن في العادة وما سواه مرض اشترى عبدا فقال
لمن ساومه اياه اشتره فلا عيب به فلم يتفق البيع فوجد
به عيبا على بايعه ولا يمنعه من الرد على اقراره السابق
ولو عينه بان قال لا عور به لا يرده لاحاطة العلم به
قال عبدي هذا ابق فاشتره مني فاشتراه وباع من اخر
فوجده الثاني ابقا لا يرده بما سبق من الاقرار ما لم يبرهن
انه ابق عنده مباع عبدا وقال البايع للمشتري بريت اليك
من كل عيب به الا الاباق فوجده ابقا فله الرد ولو قال الا
ابا قه فوجده ابقا لا اشترى لعبدا وامة قالا عتق
البايع او دبر او استولد الامة او هو حر الاصل وانكر البايع
حلف فان حلف قضي على المشتري بما قاله لاقراره بما ذكر
ورجع بالعيب ان علم به حتى لو قال باعه وهو ملك فلان
وصدقه فلان واخذه لا يرجع بالنقصان وجد المشتري
بمشريه عيبا واراد الرد فاصطلحا على ان يدفع البايع
الدراهم الى المشتري جاز وعلى العكس لا يصح ومثله الوكيل
بالعيب الزم للموكل ان كان المبيع مع العيب ساوي
الثمن والا لا ظهر عيب بمشترى الغايب عند القاضي
فوضع المبيع عند عدل فلو هلك هلك على المشتري الا اذا
قضى بالرد على بايعه والله اعلم باب البيع
الفاسد اخره عن الصحيح لكونه عقدا مخالفا للدين
لانه معصية يجب فسخه وعنونه به وان ذكر فيه الباطل
باعتبار كثرة انواعه وعيره يذكر فيه بطريق الاستقرا

قال

[illegible]

قال بعض الفضلاء الفاسد كما يذكر في مقابلة الباطل
كذلك يذكر في مقابلة الصحيح فيراد به ما يعم الباطل وهو
المراد ههنا انتهى لكن فيه كلام لانه يلزم منه ان يشمل
الصحيح اذا استعمل في مقابلة الباطل ولا يخفى ما يتم به
واعلم ان البيوع على انواع صحيح وهو المشروع
باصله ووصفه كبيع ثوب وعبد باحد النقدين ونحوها
ويفيد الحكم بنفسه اذا خلا عن الموانع وباطل وهو غير
مشروع اصلا كبيع الخمر والخنزير والميتة والدم لا يفيد
الحكم بوجه وفاسد وهو مشروع باصله دون وصفه
كبيع الثوب بخمر والبيع بشرط لا يقتضيه العقد وهو يفيد
الحكم اذا اتصل به القبض ومكروه وهو مشروع باصله
ووصفه لكن جاوره شيء منهي عنه وموقوف وهو المشروع
باصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد
تمامه لتعلق حق الغير بيع ما ليس بمال والبيع اي بيع
الشيء به اي جعله ثمنا بادخال الباء عليه كان يقول بعت هذا
الثوب بهذه الميتة مثلا باطل كالدم المسفوح والميتة التي
ماتت حتف انفها لان المنخنقة وامثالها مال عند اهل
الذمة والخمر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال
بالمال لان هذه الاشيا لا تعد مالا عند احد ممن له دين
سماوي كما في اكثر الكتب لكن الخمر مال في شريعة يعقوب
عليه السلام حتى اشترى السهم قد على ما قالوا فلا ينبغي
ان يقال انه لم يكن مالا عند احد كما في القهستاني وكذا
يبطل بيع ام الولد والمدبر المطلق الا بالقضاء كما في ام
العالمية ولذلك فصله بقوله وكذا كما في الاصلاح وفي
البحر ونفاذ القضا ببيع ام الولد منعيف وفي قضاء

الى فيه لا الاظهر عدم النفاذ لكن صحح في الفتح النفاذ
بقضا القاضي تعبير قيدنا بالمطلق لان بيع المقيد جائز
اتفاقا وعند الايمة الثلاثة بيع المدبر جائز مطلقا وكذا
يبطل بيع المكاتب لانه استحق يدا على نفسه بعقد
الكتابة فلا يملك المولى فسخه وفي بيعه ابطال
لهذا الاستحقاق اللازم في حق المولى فلا يجوز الا ان
يجيزه المكاتب ففيه روايات اظهرها الجواز لان رضاه
متضمن تعجيز نفسه وكذا يبطل بيع مال غير متقوم كالخمر
والخنزير بالثمن وهو الدراهم والدنانير حالا او موجلا
لان المقصود في البيع لانها هو المنتفع بها لا عين
الثمن لانها جعلت وسيلة الى المبيع ولهذا يجوز ثبوته في
الذمة فلا فصلت الخمر مبيعة تكون مقصودة وفيه
اعزاز والشرع امر باهانتها ولهذا يبطل بيعها وكذا في
ضم الى حي ذكية ضمت الى ميتة ماتت حتف انفها وان
وصلت بيعه حتى كل عندنا لامام لان الحر غير داخل في
البيع اصلا لكونه غير مال ويحتمه اي ايضا جعل شرط القبول
وجعل قبول الحر شرطا القبول المبيع فيبطل البيع وعندهما
يصح البيع في العبد والذكية ان بين الثمن لانه الصفقة
متعددة معنى بتفصيل الثمن والفساد بقدر المفسد
فلا يتعداه كما لو جمع بين اخته واجنبية بالنكاح لكن
التعليل ليس بمحله لان النكاح لا يبطل بالشروط المفسدة
ولا كذلك البيع تامل وصح البيع في قن ضم الى مملوك
لم مدبر مطلقا او مقيدا او مكاتب او ام ولد فانه اعم
او ضم الى قن غيره اي غير البايع بالحصة اي صح بحصته
من الثمن في الصورتين وان لم يبين الحصة لان بيع
المدبر

عيّن البيع صح

يبطل بيع صح

كراس ٥

اعم

المدبر وام الولد جائز بالقضا وبيع المكاتب برضاه كما
بيناه فيصير محلا للبيع فدخلوا ابتدا في العقد ثم
خرجوا عنه لاستحقاقهم انفسهم باتصال الحرية
بهم من وجه فصار كبيع العبد مع كل منهم بمنزلة بيع
عبدين استحق احدهما وبيع قن الغير يجوز موقوفا
فيصير محلا للبيع فدخلوا ابتدا في العقد وفي الحقايق
الجمع بين العبد ومعتق البعض كالجمع بين العبد
والحر وكذا صح البيع في ملك ضم الى وقف في الصحيح
بالنظر الى اصله الذي هو حبس العين على ملك الواقف
فيجوز بيع الملك المضموم اليه بحصته وقيل لا يصح
وفي البزازية هذا في غير المسجد اما في المسجد فلا يصح
في الملك المضموم اليه فلهذا لا يصح بيع قرية لم
تستثن منها المساجد والمقابر انتهى وفيه كلام لانه
يصح في الملك بصرف الكلام الى الاستثناء المعنوي
وهو الاصح كما في المحيط تدبر وبيع العرض اي غير الثمن
بالخمر او بالعكس اي الاولى او بالعكس بالواو وبيع الخمر
بالعرض فاسد في العرض فيملكه بالقبض فيجب قيمته
لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال
الخمر عند البعض مال فلا يملك الخمر لبطلان البيع في
الخمر حتى لو هلك عند المشتري لا يضمن لانها غير
متقومة عند الشرع وكذا بيعهما اي بيع العرض بالخنزير
فاسد في العرض باطل في الخنزير كما في الخمر ولم يذكر بيع
الخنزير بالعرض وفي التسهيل وغيره فسد لو قوبل الخمر
او الخنزير وشراؤه بعين شيء بيعت به او بيعه بها
اذ امكن جعل العين مقصودا انتهى فهذا لو قال

بيع العرض بالخمر اذ بالخنزير وبالعكس لكان اخصر واولى
تدبر ولا يجوز بيع طير في الهوى ومعناه ان ياخذ
صيدا ثم يرسله من يده ثم يبيعه وانما قيدنا به يتركه
لان بيع الطير في الهوى قبل ان ياخذه باطل كما في
البحر هذا اذا كان الطير يطير ولا يرجع اما اذا كان له
وكر عنده بان يطير منه في الهوا ثم يرجع اليه جاز
بيعه والحمام اذا علم عودها وامكن تسليمها جاز بيعها
لانه مقدور التسليم كما في التبيين وغيره فعلى هذا
لو قيده بقوله لا يرجع لكان اولى تدبر ولا يجوز
بيع سمك لم يصد لانه بيع ما لا يملكه كما في اكثر الكتب
وهذا التعليل يفيد بطلانه لا تعرض من ان يبيع
ما لا يملكه باطل لا فاسد لكن يحمل وقوعه فاسدا
ان كان بالعرض لانه مال متقوم لان التقوم بالاحراز
ولا احراز كما في المنح وفيه كلام لانه ينبغي ان يبطل
لان السمك الذي لم يصد ليس بمال اصلا والبيع
باطل فيه مطلقا كما قال بعض الفضلاء وصيد وقع
في حظيرة لا يوخذ منها بلا حيلة فانه فاسد للعجز
عن التسليم او دخل اليها اي مسوقا الى الحظيرة
بنفسه ولم يسد مدخله فانه لا يجوز وفي الزاهدي
اذا اجتمعت بنفسها فبيعها باطل كيف ما كان لعدم
الملك وان صيد ووقع فيها اي في الحظيرة وامكن اخذه
اي السمك بلا حيلة صح بيعه لكونه مقدور التسليم
لكن اذا سلمه اي المشتري فله خيار الرؤية
قيل هذا اذا لم يهي الحظيرة او الارض للاصطياد
اما اذا هيأها له يملكها بلا خلاف ولا يجوز بيع الحمل والنتاج
وفي

وفي الدرر جعل بيع النتاج باطلا وبيع الحمل فاسدا لان
عدم الاول مقطوع به وعدم الثاني مشكوك فيه انتهى
لكن في البحر وغيره والحمل مسكوت عليه بمعنى الجنين
والنتاج حبل الحبلة والبيع فيهما باطل للنهي عليه
السلام عن بيعهما تدبر ولا يجوز بيع اللبن في الضرع
فانه فاسد للغرر لاحتمال كونه انتفاخا ولانه تنازع
في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره
كما في المنح لكن فيه كلام لان في صورة كونه انتفاخا
يقتضي ان يكون بيعه باطلا لانه مشكوك الوجود فلا
يكون مالا تامل قال يعقوب باشا وعلى هذا ينبغي ان
لا يجوز بيع الشي المغلوف الموصوف لانه يحتمل ان لا يوجد
شي او وصفه المذكور مع انهم صرحوا بجوازه انتهى
وفيه كلام لان عدم وجدان الوصف المذكور لا يقتضي
كون الاحتمال لا يكون مالا والشي يقتضي المالية
والانتفاخ ليس بمال والقياس عليه جائز تدبر وكذا
لا يجوز بيع اللؤلؤ في الصدف فانه فاسد للغرر وهو
مجهول لا يعلم وجوده ولا قدره ولا يمكن تسليمه الا
بضرر وهو الكسر كما في المنح لكن في تعليله كلام لان
المجهول الذي لا يعلم وجوده يقتضي ان يكون بيعه
باطلا تامل والصوف على ظهر الغنم لورود النهي عنه
ولانه يزيد من الاسفل بغير انقطاع فيختلط الغير
بالمبيع وفي شرح الوقاية ويعود صحيحا ان قلع
انتهى لكن في الشرح لو سلم الصوف بعد العقد لم
يجز ايضا ولا ينقلب صحيحا تامل خلافا لابي يوسف
فيهما فانه يجوز بيع اللؤلؤ في الصدف لتيسير التسليم

[illegible]

ولا ضرر في الكسر لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر ولا يجبر
لعدم الرؤية وكذا يجوز بيع الصوف في ظهر الغنم
لقدرة التسليم ولا يجوز بيع اللحم في الشاة لاحتمال ان
يكون هزالا او سمينا فيفضي الى النزاع ولا يجوز بيع ضربة
القانص وهو بالقاف والنون الصياد بقول بعتك ما
يخرج من القاء هذه الشبكة مرة بكذا وقيل بالغين والنيا
قال في تهذيب الازهري نهي عن ضربة الغائص هو
الغواص بان يقول اغوص غوصة فما اخرجته من اللآ
اللآلي فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البائع
المبيع قبل العقد فكان غررا او لجهالة ما يخرج وتمامه
في البحر فليراجع ولا يجوز بيع جذع بعينه الجذع المعين
لان غير المعين لا يعود صحيحا كما في الاصلاح في سقف
وذراع من ثوب يضره التبعيض كالقميص وان قطعه
ذكر قطعه لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وقيدنا بالضرر
~~لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وقيدنا بالضرر~~ لانه لو كان
مما لا يضره التبعيض كالكرباس فيجوز وقول الطحاوي
في جذع من حائط وذراع من كرباس او ديباج لا يجوز
ممنوع في الكرباس او محمول على كرباس يتعيب به وما لا
يتعيب فيه فيجوز كما في البحر فلو قلع الجذع المعين
او قطع الذراع وسلم قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال
المفسد قبل التقرير بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وذبح
وسلمه حيث لا يعود صحيحا بخلاف ما اذا باع بذرا
في بطيخ ونحوه حيث لا يصح وان شقه واخرج المبيع (لانه معدوم عرفا)
ولا يجوز بيع المزابنة ولو فيما دون خمسة اوسق (لانه معدوم عرفا)
خلافا للشافعي وهي بيع الثمر بالمثلثة على

النخيل

بيع الثمر

النخيل بتمر بالتاء المثناة مجذوذ اي مقطوع والمزابنة
في رؤوس النخل بالتمر من الزبن وهو الدفع كما في
البحر مثل كيله خرصا اي حزرا او ظنا لا حقيقيا لانه
لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبق ما على الراس تمرا
بل تمرا مجذوذا كالتمر الذي يقابله من الجذ وانما لم يجز
لنهيه عليه السلام عن بيع المزابنة لان الجهالة في
المماثلة تفضي الى الربا وبيع العنب بالزبيب على
هذا اي في النهي وفيه كلام لانه فسر المزابنة بما سمعت من
بيع الثمر بالمثلثة على راس النخل بتمر من المثناة وهو
خلاف التحقيق لان الثمر بالمثلثة حمل الشجر رطبا كان
او بسرا او غيره وان لم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس
والاولى ان يقال بيع الرطب بتمر ولا يجوز بيع المحاقلة وهي
بيع البر في سنبله ببر مثل كيله خرصا لنهيه عليه السلام
عنها ايضا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بالخرص
كما لو كانا موضوعين على الارض ولا يجوز البيع
بالملامسة والمنابذة والقاء الحجر بان يتساوما سلعة
فيلزم البيع بلمسها اي السلعة المشتري وهذا بيع
الملامسة او وضع المشتري عليها حجرا وهو البيع بالقاء
الحجر او نبذها اي السلعة اليه اي الى المشتري البائع
وهذا البيع بالمنابذة هذه البيوع كانت في الجاهلية
فنهي عنها وفي صاحب الفرائد لو اخر قوله او وضع
عليها حجرا عن قوله او نبذها لكان النشر على ترتيب
اللف لكن جعله مشوشا ولا بد من نكتة فيه والنكتة
المناسبة بان المعنى الوضع من قبل المشتري والمنابذة
من قبل البائع ولو اخره للزم الخلط والتفصيل تدبر

ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا بشرط
ان يأخذ المشتري ايهما شاء فيجوز لاشتراط خيار
التعيين كما بيناه في موضعه ولا يجوز بيع المراعي
جمع المرعى ولو افرد كما افرد البعض لكان اخصر والمراد
بالمرعى الكلا النابت في ارض غير مملوكة او في ارض
البائع بدون تسبب منه قيد به لانه لو تسبب
في ذلك بان سقى الارض او هيأها للانبات جاز ثمه
بيع كلائها لانه ملكه حتى لو احتشه انسان بغير
اذنه كان له استرداده وقيل لا يجوز بيعه لانه ليس
بملكه لان الشركة فيه ثابتة بالنص وهو قوله عليه
السلام الناس شركاء في ثلاثة في الما والكلا والنار ولا
اجارتها اي لا يجوز اجارة المراعي لاجل الكلا لان اجارتها
تقع على استهلاك عين غير مملوكة ولو عقدت على
استهلاك عين مملوكة بان استاجر بقرة ليشرب لبنها
لا يجوز وانما فسرنا المرعى بالكلا وجعلناه من اطلاق
اسم المحل على الحال لان بيع رقبة الارض واجارتها
جائزة بالاجماع كما في الشرح وفي القهستاني المراعي
بكسر العين جمع المرعى بفتحها وهو الرعي بكسر الرا الكلا
رطبا او يابسا كما في الصحاح وغيره فمن الظن انه من ذكر
المحل وارادة الحال فتنبه ولا يجوز بيع النحل بفتح النون
وسكون الحا المهملة حيوان يحدث منه العسل بلا
كوارات جمع كوارة بضم الكاف وتشديد الواو ومعسل
النحل اذا سوي من طين وهذا عند الشيخين لكونه
من الهوام فلا ينتفع بعينه بل بما يخرج عنه فلا يكون
نفسه مالا متقوما والشي انما يصير مالا لكونه

منتفعا

عم عم

44

منتفعا به حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل
يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي كما في الهداية وفي التبيين
ولو باعه مع الكوارة صح تبعا لها ذكره القدوري في
شرحه وذكر الكرخي انه لا يجوز بيع النحل اذا انضم مع
الكوارات وان لم يكن فيها عسل مع ان جوازه اذا كان
فيها ذلك عند الشيخين على ما في التبيين بما ذكره
القدوري تدبر خلافا لمحمد فيجوز بيعه بنفسه بلا
كوارة اذا كان محرزا لكونه منتفعا وهو قول الائمة
الثلاثة لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا
ولا يجوز بيع دود القز وبيضه عند الامام لانه من
الهوام وعند ابي يوسف يجوز البيع في الدود اذا كان
مع القز فظهر منه ان القز يجوز البيع تبعا وفي البيض
عنده اي عند ابي يوسف قولان في قول يجوز بيع بيضه
مطلقا لمكان الضرورة وهو مع محمد وفي قول لا يجوز
وهو مع الامام فيه وعند محمد وهو قول الائمة
الثلاثة يجوز بيعهما مطلقا لكونه منتفعا به وهو
المختار للفتوى وفي البحر ولكن يرد عليه ان الفتوى
على قول محمد في بيع النحل ايضا كما في الذخيرة
والخلاصة وغيرهما فلم اختاره في قوله في الدود
دون النحل بلا ترجيح تدبر ولا يجوز بيع الآبق
لورود النهي وعجزه عن التسليم الا ممن يزعم انه
اي الآبق عنده فانه يجوز لان المنهي عنه بيع
آبق في حق المتعاقدين وهو غير آبق في حق المشتري
ولانه ينتفي العجز لكونه مقدورا وصرح بفساد هذا
البيع في الدرر وغيره لكن في البحر صرح ببطلانه لانعدام

بيعه مع العسل والتبادر
من التبع جوازه

الحلبية ولو طاعه ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد
هكذا قال فان عاد قبل الفسخ لا ينقلب صحيحا وهو
ظاهر الرواية وبه كان يفتي ابو عبد الله البلخي لكونه
وقع باطلا وقيل ينقلب صحيحا ويتم العقد المذكور
على القول بالفساد وهذا رواية عن الامام لزوال
المانع عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع هكذا روى
محمد كما في الهداية ورجح في الفتح القول بالفساد ولا يجوز
بيع امراة سواء كانت حرة او امة للوصل بعد الحلب لبن
لانه جزء الادمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن
عن الابتذال بالبيع واما بيع نفس الامة فلان
لاختصاصه بالحي ولا حياة في لبنها وقال الشافعي
يكون اللبن محلا للبيع لكونه مشروبا طاهرا وعند
ابي يوسف يصح في لبن الامة اعتبارا لبيعها وفي
الهداية وغيرها ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن
الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة
انتهى فعلى هذا ينبغي للمص ان يقول وعن ابي يوسف
لان قوله وعند ابي يوسف يقتضي الظاهر تامل وفي
التسهيل واختلف المشايخ في حل الامة لجوازها
بالفاصلين صح عند البعض لا عند البعض وصح بان
المبيعة مغلوب ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه
محرم فيبطل لنجاسته ولكن يباح الانتفاع به اي
بشعر الخنزير للخرز ونحوه لضرورة الخرز بفتح الخاء
المعجمة وسكون الراء المهملة بعدها زاء معجمة مصدر
خرز الخف وغيره فيستعمله الخفاف في زماننا
وكذا استعمله النسوان لتسوية الكتان لانه غير
لايعمل

لا يعمل عمله وعلى هذا قيل اذا لم يوجد الا بالبيع جاز بيعه
لكن الثمن لا يطيب للبايع وقيل هذا اذا كان منتوفا
فالمتطوع يكون طاهرا ويفسد شعر الخنزير الماء القليل
عند ابي يوسف وهو المختار لا يفسد عند محمد لان
اطلاق الانتفاع به بدليل طهارته ولابي يوسف ان
الاطلاق للضرورة فلا يظهر في حالة الاستعمال وحالة
الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعر الادمي ولا الانتفاع
به ولا شيء من اجزائه لان الادمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان
يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه
السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث
وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النسا
وذوائبهن وعن محمد انه يجوز الانتفاع استدلالا
بما روي انه عليه السلام حين حلق راسه قسم
شعره بين اصحابه رضي الله عنهم وكانوا يتبركون به
ولو لم يجز الانتفاع به لما فعل لكن فيه ما فيه تتبع
ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل الدباغ لانها غير
منتفع بها فليست بمال لنجاستها فيبطل بخلاف
الثوب والدهن المتنجس فانها عارضة ويجوز بيعها
بعده اي بعد الدباغ وينتفع به اي بالجلد المدبوغ
الدال عليه الجلود فلا يرد ما قيل من ان الظاهر ان
يكون الضمير مونثا وانما ينتفع به لكونه طاهرا بعده
ويباع عظمها اي الميتة وينتفع به اي بعظمها وكذا
عصبها وقرنها وصوفها وشعرها ووبرها لطهارة
هذه المذكورات اذ لا حياة فيها حتى يحلها الموت هذا
القرن عن الوبر ولو قدم الصوف لكان اقرب

وكذا لو قدم الشعر علي الصوف لكان انسب وكذا يباع
عظم الفيل عند الشيخين فانه عندهما بمنزلة السباع
حتى يباع عظمه وينتفع به قالوا هذا اذا لم يكن علي
العظم واشباهه دسومة اما اذا كانت فهو نجس
خلافا لمحمد فانه نجس العين عنده كالخنزير بحرمته
وصورته والمختار قولهما ولا يجوز بيع علو سقط
اي يبطل بيع العلو بعد سقوطه سوا سقط بيت
السفل اولا اذ بعد انهدامه لا يبقى له الا حق
التعلي وهو ليس بمال لان المال يمكن احرازه فالبيع
لم يصادف محله فيكون لغوا بخلاف الشرب حيث يجوز
بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في
رواية وانما قيد بما بعد سقوطه لان البيع قبله
يجوز اي البنا القائم فيه وان سقط العلو بعد البيع
قبل التسليم يبطل البيع لهلاك المبيع قبل التسليم
ولا يجوز بيع المسيل ولا هبته لان رقبة المسيل
مجهولة لان مقدار ما يشغله الما من الارض يختلف
بقلة الما وكثرته حتى لو بين حدوده وموضعه
جاز وان اريد بالمسيل التسييل فان كان علي
السطح كان له حق التعلي وقد مر بطلانه وان كان
علي الارض كان مجهولا بجهالة المحل ومثله اي البيع
والهبة في الطريق لان رقبة الطريق معلوم وان لم
يبين فيقدر بعرض باب الدار فيجوز فيه البيع
والهبة وفي بيع حق المرور روايتان وجه البطلان
انه ليس بمال ووجه الصحة الاحتياج اليه وهو
حق معلوم متعلق بعين باق وصح بيع حق المرور
تبعا

نظراه

تبعا للارض بالاجماع ووحده في رواية ولا يجوز بيع
شخص علي انه امة فاذا هو عبد وكذا عكسه استحسانا
والقياس جوازه وهو قول زفر لان الاختلاف
بالذكورة والانوثة اختلاف في الوصف لانهما
وصفان في الحيوان واختلاف الوصف يوجب
الخيار لا الفساد كما في البهائم وجه الاستحسان ان
الذكر والانثى من بني ادم جنسان مختلفان لتفاحش
التفاوت في المقاصد فان المقصود من العبد الاستخدام
خارج الدار ومن الامة الاستخدام داخل الدار
كالاستفراش والاستخدام وغيرهما فباختلاف
المقاصد صارا جنسين مختلفين ولو باع كبشا فاذا
هو نعجة صح ويخير وجه الصحة لانه لا تفاوت في
المقصود فان المقصود منه اللحم والحمل والركوب ونحو
ذلك فالانثى والذكر يصلحان لذلك فكانا جنسا
واحدا فيتعلق العقد بالمشار اليه اعلم ان في مختلفي
الجنس يتعلق العقد بالمسمى اي المختلف المسمى والمشار
اليه لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان
الاشارة لتعريف الذات والتسمية لاعلام الماهية
فهو امر زايد علي اصل الذات فكان ابلغ في التعريف
ويحتاج في مقام التعريف الي ما هو ابلغ فيه فكانت
الاشارة اولي بالاعتبار في متحدي الجنس لان المسمى
موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه فامكن
الجمع بينهما بان يجعل الاشارة للتعريف والتسمية
للترغيب فيثبت له الخيار عند فوات الوصف
المرغوب فيه بخلاف مختلفي الجنس لان المسمى فيه

مثل المشار اليه وليس بتابع فلا يمكن ان يجعل احدهما
تبعا للاخر فيعتبر الاعراض عنه تفريقا للجمع بينهما
وهذا هو الاصل في العقود كلها كالاجارة والنكاح
والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال كما في هـ
التبيين ولا يجوز شرا ما باع البايع او وكيله من
سلعة او غيرها باقل مما باع من الثمن قبل نقد كل
الثمن الاول او بعضه وان بقي من ثمنه درهم كما في السراج
صورته باع جارية مثلا بالف حالة او نسيئة فقبضها
المشتري ثم اشتراها البايع من المشتري قبل نقد الثمن
الاول باقل فالبيع فاسد عندنا وقال الشافعي يجوز
وهو القياس لان الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه
باي قدر كان من الثمن كما اذا باعه من غير البايع
او منه بمثل الثمن الاول او اكثر او بعرض او باقل بعد
النقد وانما منعنا جوازه استدلالا بقول عائشة
رضي الله عنها لتلك المراة وقد باعت بستماية بعد ما
اشترت بثمانماية بيس ما شريت وبيس ما اشتريت
ابلغي زيد بن ارقم ان الله ابطل حجه وجهاده مع رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل
في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع وقعت المقاصة
بقي له فضل بلا عوض بخلاف ما اذا باع بعرض لان
الفضل انما يظهر عند المجانسة وانما ترك فاعل الشرا
ليشمل شرا من لا تقبل شهادته للبايع كالاصول
والفروع ومكاتبه فهو ايضا بمنزلة شرا البايع عند
الامام خلافا لهما في غير العبد والمكاتب وكذا الحكم
لو باعه وكالة عن غيره او اشتراه بطريق الوكالة

لغيره

لغيره اذا كان هو البايع ومحل كلامه شرا الكل او البعض
وخرج شرا وارث البايع ووكيله عند الامام خلافا
لهما واما شرا البايع ممن اشترى من مشتريه او الموهوب
له او الموصى له فجايز اتفاقا وقيد بما باع لان المبيع
اذا انتقص وتغير بعيب جاز ولا بد من عدم اتحاد
جنس الثمنين فان اختلف جاز مطلقا والدراهم
والدنانير جنس واحد هنا وكذا شراوه اي لا يجوز
شرا ما باع البايع او وكيله حال كونه ما باع مع غيره
بمثله الاول قبل نقده ويصح في الغير بحصته ثم
صورتها باع جارية بخمسماية وقبضها المشتري ثم
اشتراها وجارية اخرى معها قبل نقد الثمن بخمسماية
فان الشرا في التي لم يبعها منه صحيح وفي الاخرى وهي
التي باعها منه فاسد لانه لا بد ان يجعل الثمن بمقابلة
التي لم يبعها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع
ضرورة ولا يسري الفساد لضعفه لانه مجتهد فيه
فيقتصر على محله فلا يتعداه كما في الجمع بيع عبد ومدبر
ولا يجوز شرا زيت ايدهن الزيتون على ان يزنه
بظرفه اي بشرط وزنه معه وان يطرح عنه اي عن
الزيت لكل ظرف مقدارا معينا بخمسين رطلا لان
هذا شرط لا يقتضيه العقد لان مقتضاه ان يطرح
عنه وزن الظرف فاذا اطرح مقدارا خمسين رطلا
مثلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف فاذا كثر او اقل الا
اذا عرف وزنه خمسون فيجوز وان شرط طرح
مثل وزن الظرف يصح لانه شرط يقتضيه العقد
وان اختلفا اي البايع والمشتري في الظرف وقدره

نعص ٤

فقال المشتري الظرف هذا وهو عشرة ارطال وقال البايع
الظرف غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول للمشتري
مع يمينه لانه اعتبر خلافا في تعيين الظرف المقبوض (ان اعتبر)
كما هو الظاهر وقدر الزيت فالقول له لانه قابض
والقول للقابض امينا كان او ضمينا وان اعتبر خلافا
في قدر الثمن فكذا القول له لانه ينكر الزيادة ولا يتحا
لفان لان اختلافهما في الثمن يثبت تبعا لاختلافهما
في الزق والاختلاف في الزق لا يوجب التحالف لانه
ليس بمعقود به ولا معقود عليه فكذا الاختلاف
فيما يثبت تبعا لان حكم التبع لا يخالف حكم الاصل ولو
امر مسلم ذميا ببيع خمر او شرايها صح اي يجوز توكيل
المسلم ذميا ببيع الخمر وشرايها عند الامام لان
الوكيل فيما وكل به يتصرف تصرف الاصل لاهليته لا
لنيابته وانتقال الملك الى الامر حكمي فلا يمتنع بسبب
الاسلام كما اذا ورثهما خلافا لهما لان عندهما لا يجوز
اذ الوكيل نايب عن موكله فتصرفه عايد اليه
فمباشرته كمباشرته وذا لا يجوز فيما نحن فيه اذ لا
ولاية للمسلم في بيعها ولا في شرايها والتوكيل مبني
على الولاية وكراهية عمره وعلى هذا الخلاف الخنزير
وقد روي عن الامام يكره اشد ما يكون من الكراهة
ثم ان كان خمرا يخللها وان خنزيرا يسيبه وكذا
على هذا الخلاف لو امر المحرم غيره ببيع صيده الذي
اصطاده قبل الاحرام يجوز التوكيل عند الامام
خلافا لهما ولو اشترى كافر عبدا مسلما او مصحفا
صح ويجبر على اخراجهما من ملكه اي ملك الكافر دفعا
للذل

للذل من جهته وقال الشافعي لا يجوز اذ لا من جهة
مملوكيتها للكافر فقيد بالشرا لان الكافر اذا استاجر
مسلما للخدمة جاز اتفاقا ولكن يكره والبيع بشرط
يقتضيه العقد صحيح كشرط كون الملك للمشتري وبشرط
تسليم المشتري الثمن وبشرط تسليم البايع لان مثل (المبيع)
هذا الشرط لا يزيد شيئا بل يؤكد موجب العقد وكذا
يصح بشرط لا يقتضيه العقد ولا نفع فيه لاحد من
المتعاقدين وللمبيع المستحق للنفع بان يكون ادميا
كشرط ان لا يبيع الداية المبيعة بان قال بعت هذه
الداية منك على ان لا تبيعها او تهبها في المرعى لان
هذا الشرط لا يؤدي الى النزاع ولا يحتمل الربوا لعدم
النفع الزايد فيصح العقد ويبطل الشرط وهو
الظاهر من المذهب وعن ابي يوسف انه يفسد البيع
قيل هنا مثال لعدم النفع للعاقدين مع منفعة
للمعقود عليه لكن ليست من اهل الاستحقاق وكذا
يصح بشرط ملايم للعقد كشرط ان يرهنه المشتري
شيئا معينا او يعطيه كفيلا معينا لان هذا لا يفسد
بل يؤكد وان كانا غير معينين يفسد لان للمنازعة
وكذا يصح بشرط لا يلايم العقد لورود النص على جوازه
كالخيار والاجل رخصة وتيسيرا ولو كان البيع بشرط
لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد العاقدين اي البايع
والمشتري او للمبيع يستحق بالنفع بان يكون ادميا
فهو اي هذا البيع فاسد لما فيه من زيادة عرية عن
العوض فيكون ربا وكل عقد شرط فيه الزيادة ربوا
فيكون فاسدا وفي شرح المجمع انما يفسد البيع

بشرط اذا ذكره بكلمة على واما اذا ذكره بحرف الشرط
كما اذا قال بعتك ان كنت تعطيني كذا فالبيع باطل
كبيع عبد على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه
او كبيع امة على ان يستولدها المشتري لان هذا
شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة للمعقود عليه
فيفسد به فلو اعتقه اي العبد المشتري بعدما
اشتراه بشرط العتق عاد البيع صحيحا استحسانا
فيلزم على المشتري الثمن عند الامام وعندهما
لا يعود صحيحا فيلزم على المشتري القيمة وهو القياس
لان العقد فسد بالشرط اعتق او لم يعتق فلا يعود
صحيحا كما اذا تلف بوجه آخر وهو رواية عن الامام
وجه الاستحسان ان الشرط وان لم يلائم العقد
لذاته لكن شرط العقد من حيث الحكم يلائمه لانه
منتهي للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع
العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا اتلف بوجه آخر
لم تتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق
تحققت الملائمة فيرجح جانب الجواز فيعود صحيحا
وفي الحقايق الخلاف فيما اذا اعتقه المشتري بعد القبض
واما قبله فلا يصح الاعتاق وكبشرط ان يستخدمه
اي العبد البائع شهرا او يسكن الدار المبيعة
او لا يسلمه اي المبيع الى راس الشهر متعلق بيسكن
ولا يسلم على طريق التنازع او يقرضه المشتري للبائع
درهما او يهدي له اي للمشتري هدية هذه امثلة
شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبائع
او كبشرط ان يقطع البائع الثوب ويخيطه قباء او قميصا
او يحذو

او يحذو النعل يعني لو اشترى جلدا على ان يحذوه
البائع نعلا للمشتري يقال حذا اي نعلا اي عملها
او يشركه اي النعل من الشريك وهو وضع الشراك
على النعل وهو السير الذي على ظهر القدم هذه امثلة
شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري فيفسد
ولانه وان كان يقتضي الثمن بمقابلة العمل المشروط
فهي اجارة مشروطة في بيع وان لم يكن في مقابلته
شيء فهو اعارة مشروطة فيه وقد ورد النهي عن
صفقة في صفقة ويصح في النعل استحسانا للتعامل فيه
لان التعامل يرجح على القياس لكونه اجماعا عمليا
والقياس عمل الجواز وهو قول زفر ولا يجوز بيع
امة الا حملها لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح
استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل كذا
في الهداية ولا يجوز البيع الى النيروز وهو اول يوم
من نزول الشمس في برج الحمل وابتداء ربيع والمهرجان
اول يوم من نزول الشمس من الميزان وابتداء خريف
وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يعلم العاقدان
مقدار ذلك المذكور من النيروز والمهرجان وصوم
النصارى وفطر اليهود لان النيروز والمهرجان
لا يشتهران الا لظن ومن اوسة بعلم النجوم فربما يقع
الخطا فيكون مجهولا فيؤدي الى النزاع وكذا صوم
النصارى وفطر اليهود يكون ان مجهولا لان
النصارى يبتدون وقتا ويصومون خمسين يوما
فيفطرون فيوم صومهم وفطرهم مجهول لاختلافهما
باختلاف عدة شهر هذا اذا لم يعرف العاقدان

واما فطرهم بعدما شرعوا
في صومهم فمعلوم فلا جهالة
فيه ولا فساد واليهود يصومون
من اول الشهر الى تمام عشرين
من شهر اخر ثم يفطرون فيوم
صومهم وفطرهم مجهول صح

هذه الاجالة وكذا اذا لم يعرف احدهما اما اذا كان ذلك
معلوما عندهما فيجوز البيع بعدم التنازع ولا يجوز
البيع الى الحصاد بفتح الحا المهملة وكسرها وقت قطع
الزرع والدياس بكسر المهملة وقت وطئ الدواب
الحنطة وغيرها والقطاف بكسر القاف والفتح لغة فيه
وقت قطع العنب عن الكرم والجزاز بكسر الجيم وفتحها
وقت جز الصوف من ظهر الغنم وقيل جزاز النخل وفي
الهداية بالزاء وذكر الزيلعي انه بالذال المعجمة عام في
قطع الثمار وبالمهملة خاص في النخل وقدوم الحاج
اي وقت مجي الحاج وانما لم يجز البيع الى هذه المذكورات
لعدم تيقن اوقاتها لانها تتقدم وتتاخر وتصح
الكفالة الى هذه الاوقات لكون الجهالة يسيرة
لان الكفالة تحتمل الجهالة اليسيرة في اصل الدين
اذ تجوز الكفالة في مال غير معين ففي الوصف
اولى وفي التسهيل وفي الكفالة تحتمل الجهالة ولو فاحشة
بخلاف البيع فانه لا يتحملها في اصل الثمن فكذا في وصفه
قيد بهذه الاوقات لانه لو الى هبوب الريح فهي باطلا نسخه
لانها متفاحشة فاذا اسقط من له الاجل الاجل
المفسد للبيع قبل حلوله اي قبل مجي الاجل المفسد
وقبل التفرق صح البيع لزوال المفسد وهو النزاع
قبل دخوله وقته مع ان الجهالة ليست في صلب
العقد بل في شرط زائد فيتمكن من اسقاطه خلافا
لزفر والشافعي اذ العقد عندهما انعقد فاسدا فلا
ينقلب صحيحا اصلا وقيدنا بقولنا قبل التفرق
لانه لو تفرقا قبل الابطال تاكد الفساد
ولا ينقلب

ولا ينقلب صحيحا اتفاقا كما في شرح المجمع وكذا
لو باع مطلقا عن هذه الاجال ثم اجل الى هذه
الاوقات فانه يصح لان هذا تاجيل الدين لا الثمن
فالدين هنا في الحمل بمنزلة الكفالة وفي القنية
باع بالنقد نصفه نقد ونصفه الى رجوعه من
دهستان فهو فاسد والفتوى على انصرافه الى شهر
كما في البحر ومن باع نصيبه من دار يجوز البيع ان
علم النصيب منهما المتعاقدان على فقد النصيب
شرط عند الامام لان الجهالة تفضي الى المنازعة
فلا يجوز خلافا لابي يوسف فان عنده يجوز
مطلقا سواء علما او لا لانهما رضيا بالجهالة فلا
يفضيا الى المنازعة ويكفي علم المشتري عند محمد لان
جهالة المبيع تضره لا البايع فيشترط علمه وكذا
شرا الدار بحدها فاسد عند الامام لجهالة المقدار
خلافا لابي يوسف

فصل

في ذكر البيع الفاسد
والباطل ذكر حكمهما عقيبهما لان حكم الشيء اثره واثر
الشيء يتبعه وجودا وكذا يتبعه ذكرا كما قلنا سابقا
قبض المشتري المبيع بيعا باطلا باذن بايعه
لا يملكه لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال
والمبيع الباطل لا يفيد ما لا وفي الزايد ان قوله قبض
لو قرى على لفظ الفعل المبني للفاعل يلزم ان يكون
حرف الشرط محذوفا تقديره ولو قبض ويكون قوله
لا يملكه جوابه والاحسن ان يقرا مصدرا مرفوعا
على الابتدا مضافا الى المشتري ويكون قوله لا يملكه
على صيغة المبني للفاعل من التفعيل خبره والضمير

البائع راجعًا الى المشتري وفاعله المستكن فيه راجعًا
الى القبض انتهى لكن لا يخلوا عن التعسف فيه والاولى
قوله لا تملكه جواب شرط المحذوف بقرينة التقابل
وهو قوله ولو قبض المبيع بيعًا فاسدًا اه تدبر
وهو اي المبيع امانة في يده عند البعض فلا يضمن
لو هلك في يد المشتري لان العقد غير معتبر فبقي
القبض باذن المالك فيكون امانة في يده ومضمون
عند البعض لانه [illegible] كالامن المقبوض على
سوم الشري وقيل الاول اي كونه امانة قول الامام
والثاني اي كونه مضمونًا قولهما اخذا اي لعنه صاحب
القيل الاول قوله والثاني قولهما من الاختلاف فيما
لو بيع مدبر او ام ولد فمات في يد مشتريه حيث لا يضمن
عنده خلافا لهما ففهم صاحب القيل ان كل مبيع
كان باطلا فهو على هذا الخلاف فقال الاول قوله
والثاني قولهما ولو قبض المبيع بيعا فاسدا باذن
بايعه صريحا كقبض المشتري المبيع بامره في المجلس
او بعده على الرواية المشهورة او دلالة كقبضه في
مجلس عقده ولم ينهه البائع عنه قبل الافتراق وكل من
عوضيه اي والحال ان كل واحد من المبيع والثمن في البيع
مال خرج بهذا العقد الباطل ولا شك ان الباطل خرج
اولا في البيع الفاسد فلا حاجة الى اخراجه ثانيا وقال
صاحب البحر اللهم الا ان يقال ان بعض البيوع الباطلة
اطلقوا عليه اسم الفاسد فربما يتوهم ان البيع فيها يملك
بالقبض فصرح بما يخرجها انتهى لكن هنا جوابا لما وقع
في الكنز ولا يكون جوابا لما في هذا المتن لان للمصنف اولا
حكم

حكم المبيع الباطل ثم شرع في بيان حكم الفاسد فلا يقال
هنا ان المراد بالفاسد ما هو الباطل او اعم بل هو مسند ذكر
تدبر ملكه اي المقبوض بالبيع الفاسد وقال الشافعي
البيع الفاسد لا يفيد الملك بالقبض وقيد به لانه لو
بدون القبض لا يفيد الملك اتفاقا لان السبب ضعيف
لا يفيد الملك اذا لم يتقو بالقبض كالهبة وقيد باذن
البائع لان القبض لو لم يكن باذنه لا يفيد الملك اتفاقا
وانما ذكر الاذن دون الرضا لانه لا يشترط في بعض
افراده كبيع المكره كما لا يخفى وللشافعي انه بيع محظور
فلا يكون سببا للملك الذي هو نعمة وقلنا ان البيع
الفاسد مشروع باصله لانه مبادلة مال بمال فيفيد
الملك بقيمته الا عتبار ولزمه اي المشتري بدل او الاعتراض
لا انعطفه على ملكه كما في القهستاني في هلاكه اي
وقت هلاك المبيع في يد المشتري مثله اي المبيع حقيقة
ان صورة ومعنى في ذوات الامثال او قيمة كالقيمة في القيمي
كالحيوان والعروض وفيها اشارة الى ان المبيع لو كان
موجودا بعينه فالى ان العبرة للقيمة يوم القبض
والى انه ملكه بقيمته ولو زادت قيمته في يده
فاتلفه لم يتغير كالغصب وعند محمد يوم الاستهلاك
لانه بالاتلاف يتقرر عليه قيمته فتعتبر قيمته
الا اذا زادت من حيث العين لا السعر فانه يوافق
الشيخين فالقول في القيمة للمشتري مع يمينه لكونه
منكر الضمان والبينة للبائع ولكل منهما فسخه قبل
القبض اي لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ
قبل قبض المشتري ما دام المبيع في ملكه بلا علم

المتلاحب على ما قال ابي يوسف واما عندهما كما علمته
كما في الفصولين لكن في الكافي انه شرط عندهم والا
والاولى في مكان اللام كلمة على فان اعدام الفساد
واجب حقا للشرع كما في القهستاني نعم في هذا قال
الزيلعي ان اللام بمعنى على انتهى لكن لا حاجة اليه
لانه حكم اخر وانما مراده بيان ان لكل منهما ولاية
الفسخ دفعا للتوهم انه ملك بالقبض تامل وبعده
اي بعد القبض ما دام المبيع في ملك المشتري
اذا كان الفساد في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين
اي ينفرد احدهما بالفسخ لقوة الفساد وان كان
الفساد لشرط زائد كالهدية له هدية مثلا فكذا
ينفرد كل بالفسخ قبل القبض وعلى ما حققناه
اندفع ما قيل من ان كلامه فيما بعد القبض لان
حكم ما قبل القبض مر آنفا فلا وجه لقوله فكذا
قبل القبض واما بعده فالفسخ لمن له الشرط بحضرة
صاحبه ولا يشترط فيه قضاء القاضي الا لمن عليه
الشرط وهذا عند محمد لان العقد قوي والفساد
ضعيف فمن له منفعة الشرط يقدر ان يسقط شرط
الهدية فيبقى العقد صحيحا رفعا للفساد فاذا
فسخ من عليه المنفعة فقد بطل حق الغير وعند
الشيخين لكل واحد من العاقدين الفسخ حقا للشرع
لا حقا لهما ولا حق لاحدهما حيث رضيا بالعقد كما في
اكثر المعتبرات فعلى هذا ان ذكر النص في هذه المسئلة
في صورة الاتفاق لا يخلو عن ركاكة بل يلزم له
التفصيل تامل ولا يأخذه اي المبيع البائع بعد

الفسخ

الفسخ حتى يرد ثمنه اي ثمن المبيع الى المشتري لان المبيع
مقابل به فيصير محبوسا كالرهن فاذا مات البائع
بعد فسخ البيع فالمشتري احق به اي بحبس ما اشتراه
حتى ياخذ ثمنه فليس للورثة ولا للغرماء حبس الثمن
حتى ياخذ المبيع ذكر الثمن مقام القيمة لانعدام الفساد
بالفسخ ولا يدخل المبيع في قسمة غرماء البائع لان
المشتري مقدم حال حياته وكذا يقدم بعد وفاته
على التجهيز فالغرماء فان اخذ المشتري دراهم الثمن بعينها
لو قائمة ويأخذ مثلها لو هالكة ولو مات المشتري
فالبائع احق من سائر الغرماء وطاب للبائع ربح ثمنه
من دراهم المبيع او دنانيره بعد التقابض اي اشتراك
البائع والمشتري في قبض المبيع والثمن لتملكه ولم يطب
قبله لعدم تملكه لا اي لا يطيب للمشتري ربح مبيعه
فيتصدق به اي بالربح وجوبا والفرق ان المبيع مما
يتعين فيتعلق العقد به فيتمكن الخبث فيه والنقد
مما لا يتعين في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينه
فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي
سببه فساد الملك اما الخبث بعدم الملك كالغصب عند
الطرفين يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين
حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق
به سلامة المبيع وتقدير الثمن وعند فساد الملك
تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة
والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها وقال ابو يوسف
يطيب له الربح مطلقا لان عنده شرط الطيب الضمان
وقد وجد وعند زفر والثلاثة فهي لا يطيب في الكل كما في

الهداية وغيرها وقال صدر الشريعة فان قيل ذكر في الهداية
في المسئلة السابقة ثم اذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها
المشتري بعينها لانها تتعين بالتعيين في البيع الفاسد
وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب فهنا نقض لما قلتم
من عدم تعيين الدراهم قلنا يمكن التوفيق بينهما بان
لهذا العقد شبهتان شبهة الغصب وشبهة البيع فاذا كانت
قائمة اعتبر شبهة الغصب سعيا في رفع العقد الفاسد
واذا لم تكن قائمة فالمشتري يأخذ شيئا يعتبر شبهة البيع حتى لا لم صح
يسري الفساد الى بدله كما ذكرنا من شبهة البيع انتهى
وفي الدرر ان ما ذكره صدر الشريعة لا يفيد التوفيق بين
كلامي الهداية وانما يفيد دليلا للمسئلة لا يرد عليه ما
يرد على الهداية فالوجه ما قال في العناية انه انما يستقيم
على الرواية الصحيحة وهو انها لا تتعين لا على الاصح وهو
ما مر انها تتعين في البيع الفاسد انتهى لكن يمكن الدفع
بوجه لطيف بان المراد في العقود الصحيحة لان المطلق ينصرف
الى الكامل في عدم التعيين سواء كان في المغصوبة او ثمن
المبيع بالبيع الفاسد انما هو في العقد الثاني فلا يحصل
تعيينه في الاول فعلى هذا ينبغي ان يكون جواب صاحب
العناية بلا حصر تدبر وفي الفوائد كلام صدر الشريعة
يفيد دفع التناقض لان حاصل التناقض ان صاحب
الهداية قال فيما سبق الثمن في البيع الفاسد يتعين
بالتعيين وفي هذه المسئلة لا يتعين وحاصل الدفع
ان التعيين بالتعيين في حالة قيام الثمن وعدم
التعيين في حالة عدمه ولا يتحقق التناقض الا اذا
اتحد الجهتان انتهى هذا وجه لكنه خلاف ما صرحوا

به

به لا يفهم قالوا ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها
لانها تتعين بالتعيين على رواية ابي سليمان وهو الاصح
وفي رواية ابي حفص لا يتعين كما في العناية وغيرها
فمن هنا علم ان التوجيه ليس بدافع تدبر كما طالب رجل مالا
ادعاه فقضى اي فقضى المدعى عليه تلك المال ثم تصادقا
اي المدعي والمدعى عليه على عدمها اي عدم وجوب المال
المدعى فرد المال [illegible] المدعي لان المال المؤدي
يكون بدل الذي هو حق المدعي باقرار المدعى عليه اذ لو لم يوجد
باقرارهما فيصير للمدعي بيعا دينه بما اخذ فاذا تصادقا
على عدم الدين صار المدعي كانه استحق الدين فيلزم
ان يكون الدين ملكا بالبيع الفاسد لان المبيع هنا
فاسد لان المبيع هنا كالمستحق في حق البدل وهو غير
قائم فلا يؤثر الخبث فيما لا يتعين بالتعيين فان
باع المشتري ما شراه شراء فاسدا صح بيعه لانه بيع
ما دخل في ملكه بالقبض فينفذ فيه تصرفه وقيد صاحب
التنوير بيعا باتا صحيحا ولغير بائعه لانه لو باعه فاسدا
لا يمنع النقض كالبيع الذي فيه الخيار لانه ليس بلازم
ولانه لو باعه من بائعه كان نقضا للبيع هنا في
العقد الذي فساده ليس بالاكراه لانه لو كان بالاكراه
فان تصرفات المشتري كلها تنتقض وقيد للنص
بالشراء الفاسد لعدم ازاعنا الاجارة الفاسدة لان في
جامع الفصولين قيل ليس للمستأجر اجارة فاسدة
ان يؤاجره من غيره اجارة صحيحة وقيل له ذلك بعد
قبضه كالمشتري شراء فاسدا له البيع جائز وهو
الصحيح لان للمؤجر الاول نقض الثانية لانها تفسخ

الدين

اي ادعى رجل على رجل مالا فقضاه
فربح فيه المدعي ثم تصادقا على ان
هذا المال لم يكن على المدعى عليه فالربح
طيب لان المال المقضي به بدل العين
الذي هو حق المدعي والمدعي باع دينه
بما اخذ فاذا تصادقا على عدم الدين
صار كانه استحق ملك [illegible]
البائع وبدل المستحق مملوك ملكا
فاسدا فيكون البيع في حق البدل بيعا
فاسدا فلا يورث الخبث فيما لا يتعين
بالتعيين جامع النقول شرح ملتقى
الابحر

بالاعتاق وكذا لو اعتقه اي اعتق المشتري شرا فاسدا
العبد بعد قبضه صح وكان الولاء له وكذا توابع الاعتاق
من التدبير والاستيلاد والكتابة الا انه يعود حق
الاسترداد لعجز المكاتب او وهبه وسلمه اي اذا وهبه
المشتري وسلمه ارتفع الفساد صح وسقط بكل من
البيع والاعتاق والهبة بالتسليم حق الفسخ الذي كان
للبايع لان المشتري ملك المبيع بالقبض فنفذ فيه
تصرفاته المذكورة وينقطع بها حق البايع في الاسترداد
لا تعلق به حق العبد والفسخ بحق الشرع وما
اجتمع حق الله وحق العبد الا وقد غلب حق العبد
لحاجته وغنا الله تعالى وعليه اي على المشتري قيمته
لما مر انه مضمون بالقبض والرهن كالبيع لانه لازم
فيثبت عن رد العين فتلزمه القيمة الا انه يعود
حق الاسترداد بفكه وكذا الوصي بالمبيع المشتري
ثم مات سقط الفسخ فتلزمه القيمة ولو بنى المشتري
في دار اشتراها فاسدا او غرس فيها فعليه قيمتها
اي قيمة الدار والارض وينقطع حق الاسترداد عند
الامام رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك
بعد ذلك في الرواية وقالا ينقض المشتري البنا والغرس
ويرد الدار والغرس على هذا الاختلاف فلهما ان
حق الشفيع اضعف من حق البايع حتى يحتاج الى
القضا ويبطل بالتاخير بخلاف حق البايع ثم اضعف
الحقين لا يبطل بالبنا فاقواهما اولى وله ان البنا
والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط
من جهة البايع فينقطع حق الاسترداد كالبيع

الحاصل

الحاصل من المشتري بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد
منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه
فكذا ببنائه ثم شك ابو يوسف في نقله بحفظه عن
الامام لزوم قيمتها اي قيمة الدار ولم يشك محمد في
روايته عن الامام قيمتها وهذه المسئلة من المسائل
التي انكر ابو يوسف روايتها عن الامام وقد نص محمد
على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة
مبني على انقطاع حق البايع بالبنا وثبوته على
الاختلاف وفي الفصولين ولو وقفه او جعله مسجدا
لا يبطل حقه ما لم يبرع وفي البحر ينبغي ان يحمل على ما قبل
القضا به اما اذا قضي به فانه يرتفع الفساد للزومه
فالظاهر ان ما في الفصولين بيعا للعمادي ليس بصحيح
فقد قال الخصاف لو اشترى ارضا بيعا فاسدا وقبضها
ووقفها وقفا صحيحا وجعل ارضها للمساكين فقال
الوقف فيها جائز وعليه قيمتها للبايع انتهى لكن قال
قاضيخان لو باع ارضا بيعا فاسدا فجعلها المشتري
مسجدا لا يبطل حق الفسخ ما لم يبن في ظاهر الرواية
فان بناه بطل في قول الامام وغرس الاشجار بمنزلة
البنا وكذا الوقف لا يبطل حق الفسخ ما لم يبن انتهى
فعلى هذا ان ما في الفصولين على الرواية الظاهرة
وما قاله الخصاف على غيرها وما قاله صاحب البحر
من انه ليس بصحيح غير صحيح تدبر فتيل لما كان المكروه
ادنى درجة من الفساد ولكن شعبة من شعبه
الحق بالفاسد واخره عنه فقال وكره النجش بفتحتين
وبسكون الجيم ايضا ان يزيد الثمن باكثر من ثمن المثل

يعني اذا ابا يوسف قال لمحمد ما رويت لك
عن ابي حنيفة انه يأخذها بقيمتها بل رويت
انه ينقض البنا وقال محمد بل رويت لي الاخذ
بالقيمة لكن نسيت فثبت ابو يوسف في
روايته عند ابي حنيفة ومحمد يرجح
عند ذلك وحمله على نسيان ابي يوسف
فانه ذكر في كتاب الشفعة ان المشتري اذا
فاسدا اذا بنا فيها للشفيع الشفعة عند
ابي حنيفة وعندهما لا شفعة له فهذا
يدل على انقطاع حق البايع بالبنا والغرس
عند ابي حنيفة خلافا لهما جامع الفصولين

ولا يريد الشراء ليرغب غيره فيكون في النكاح وغيره لقوله
عليه السلام لا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك وان اتى فيها
باكثر من ثمن المثل لان المشتري اذا طلب باقل من ثمن
المثل فلا باس بان يزيد الاخر في الثمن الى ان يبلغ ثمن المثل
وان لم يرد الشرا وكره السوم اي الاشترا بثمن كثير
على سوم غيره اي اشترا غيره بثمن قليل اذا رضيا
طرفا السوم بثمن معلوم ولم يبق بينهما الا العقد لقوله
عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب
على خطبة اخيه وهو نفي في معنى النهي فيفيد ه
المشروعية فقيد بقوله اذا رضيا لانهما اذا لم يتراضيا
فلا يكره لانه بيع من يزيد وكره تلقي الجلب اي استقبال
من في المصر جلبا بفتحتين او السكون مجلوبا من طعام
او حيوان او غيره الى مصر صفة التلقي باهل البلد يعني
عنه فاذا لم يضر باهل البلد بان لم يكونوا محتاجين اليه
فلا باس به الا اذا لبس سعر البلد على الواردين
فاشترى منهم بارخص منه فانه يكره ويكره بيع الحاضر
للبادي طمعا في غلاء الثمن زمن القحط اي يكره بيع
البلدي من البدوي في زمان القحط [illegible] طمعا منه
طمعا في ثمن متجاوز الحد لقوله عليه السلام لا يبيع
الحاضر للبادي وللضرر باهل البلد وايضا يكره بيع البلدي
لاجل البدوي كالسمسار فيغلا السعر على الناس ولو
ترك ويبيعه بنفسه للزوم الرخصة في السعر ولم يقع اهل
البلد في السعر اللازم في للبادي اما بمعنى التمليك
او بمعنى الاجل فلهذه صور لو صحت قيد بقوله
في زمن القحط لانه في الرخص غير مكروه والبيع عند

اذان

٥٥

اذان الجمعة لقوله تعالى وذروا البيع ولانه فيه
اخلال بواجب السعي اذا قعدا للبيع او وقفا له
واطلقه فشمل ما اذا تبايعا وهما يمشيان اليها وما في
النهاية من عدم الكراهة مشكل لاطلاق الاية ثم المعتبر
هو الندا الاول اذا وقع بعد الزوال على [illegible]
لا يكره بيع من يزيد هذا تصريح لما علم ضمنا لانه يفهم
من قوله وكره السوم على سوم غيره اذا رضيا بثمن فاذا
لم يتراضيا فلا كما مر انفا وصح البيع في الجميع اي في
جميع ما ذكر من قوله وكره النجش الى هنا لان الكراهة
لا تعدم الانعقاد ومن ملك مملوكين صغيرين او كبيرا
[illegible] وصغيرا اخر اللذين احدهما ذو رحم
محرم من الاخر والجملة صفة مملوكين كره له ان يفرق
بينهما قبل البلوغ بالبيع او الهبة ونحوهما لقوله
عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه
وبين احبته يوم القيامة ووهب النبي عليه السلام
لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال
لما فعلت بالغلامين فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك
ويروى اردد اردد ولان الصغير يستانس
بالصغير وبالكبير فالتفريق بينهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك
الرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول
بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير
قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان
حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف
القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في

ملكه حتى لو كان المتعين بدله والآخر لصغيره لا بأس ببيع
واحد منهما بدون حق مستحق أي لو كان التفريق بحق
مستحق عليه لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه
بالدين ورده بالعيب لأن المنظور إليه دفع الضرر
عن غيره لا الإضرار به كما في الهداية ويصح البيع هنا
أيضا لأن النهي لمعنى في غيره وهو ما فيه من إيحاش
الصغير فلا يوجب الفساد ولكن يأثم البائع لارتكابه
النهي خلافا لأبي يوسف في قرابة الولاد حيث قال
بفساد البيع فيه ويجوز في غيرها في رواية عنه وعنه
في الجميع في رواية أخرى وبه قال زفر والأئمة الثلاثة
لأن الأمر بالإدراك لا يكون إلا في البيع الفاسد ولنا
أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فينعقد
فينفذ والنهي لمعنى مجاور له غير متصل به فلا يوجب
الفساد فإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق لأن النص ورد
على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح في الصغير
فلا يلحق به غيره وفي الجوهرة فكما يكره من التفريق بالبيع
يكره في القسمة في الميراث والغنائم هذا كله إذا كان
المالك مسلما وأما إذا كان كافرا فلا يكره [illegible] باب
الإقالة لما فرغ عن بحث البيع الفاسد والمكروه ولما
كان بالفسخ كان للإقالة تعلق خاص بهما فأعقبها
ذكرها إياهما وهي لغة الرفع مطلقا من القيل لا من
القول والهمزة للسلب كأشكيته أي أزلت شكايته بدليل
قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله عليه
السلام من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته
يوم القيامة ولأن العقد حقهما فكل ما هو حقهما
يملكان

والدة

بأس صح

يملكان دفعه لحاجتهما كما في العناية وشرعا رفع عقد
البيع غير السلم فإنه لا يصح فسخه ويصح الإقالة بلفظين
أحدهما مستقبل هنا بيان ركنها وهو الإيجاب
والقبول الدالان عليها وشرطا أن يكونا بلفظين
ماضيين أو أحدهما مستقبل والآخر ماض كأقلني
فقال أقلتك عند الشيخين كالنكاح خلافا لمحمد فإن
عنده يشترط أن يعبر بهما عن الماضي كالبيع وفي الكفاية
ذكر مع قول محمد قول الإمام حيث قال وإنما تصح الإقالة
بلفظ الأمر في قولهما لكن في الجوهرة وغيرها قد جعلوا
قول الإمام مع أبي يوسف فلهذا عول عليه المصنف
في المتن وتتوقف الإقالة على القبول في المجلس
فكما يصح قبولها في مجلسها نصا بالقبول يصح قبولها
دلالة بالفعل كما في أكثر الكتب فعلى هذا لو قال ولو
فعلا كما في التنوير لكان أولى تدبر كالبيع حتى لو قبل
الآخر بعد زوال المجلس أو بعد ما صدر عنه فيه ما يدل
على الإعراض كما سبق في البيع لا يتم الإقالة وهي إقالة
بيع جديد في حق غير العاقدين عند الإمام لأن الإقالة
الجنسية في إيجاد ربه لو كان المبيع جارية وتقايلا فإنه
حق استبراء لأنها بيع جديد في حق غيرهما وهو الله
تعالى ويجب الشفعة في العقار لكونها بيعا جديدا في
حق غيرهما وهو الشفيع ويجب التقابض لو كان المبيع
أثمانا بأن صرفا ولا تسقط الزكاة لو اشترى بنصاب
الجائزة عبدا للخدمة بعد الحول ثم رده بالعيب بغير
قضا فاسترد النصاب فهلك في يده فإنه بيع في حق
الفقير كما في القهستاني وزاد صاحب المنح فقال إذا

اي

باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيبه كان في
يد البائع فاراد ان يرده على البائع ليس له ذلك لانه بيع
في حقه كانه اشتراه من المشتري منه وكذا اذا كان هو
موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس له ان يرجع
في هبته لان الموهوب له في حق الواهب كالمشتري من
المشتري منه واذا اشترى شيا فقبضه ولم ينقد الثمن
حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه
منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن جاز وكان في حق
البائع كالمملوك بشرا جديد من المشتري الثاني فيجب
وفي حقهما اي في حق العاقدين بعد القبض فسخا
للعقد ان امكن عند الامام لانها تنبي عن الفسخ
والرفع والاصل في الكلام ان يحمل على حقيقته
فلا يحمل على البيع لانه ضدها وهي عبارة عن الرفع
والازالة والبيع عن الاثبات فتعين البطلات
في الحمل على البيع واما كونها بيعا في حق غيرهما
فضروري لانه يثبت به حق البيع وهو الملك فيلزمه
الثمن الاول جنسا ووصفا وقدرا ويبطل ما يشترطه
من الزيادة والنقصان والتاجيل ولا يبطل بالشروط
الفاسدة بخلاف البيع فيصح ان يبيع منه قبل
القبض وفيهما ولو كانت بيعا لبطل ويصح استرداد
المبيع بلا اعادة الكيل والوزن ويجوز هبة المبيع
منه بمعنى الاقالة قبل القبض فان تعذر جعلها فسخا
بان زادت المبيعة بعد القبض زيادة منفصلة
او هلك المبيع في عقد المقايضة بطلت الاقالة
عنده لتعذر الفسخ هنا اذ لا انه تقايلا بعد

القبض

القبض وان كانت قبل القبض فهي فسخ في حق الكل في
غير العقار وعند ابي يوسف والشافعي في النقد بيم
وما كذا هي بيع في حق المتعاقدين فلو زادت المبيعة
بعد القبض زيادة منفصلة تجوز الاقالة عنده
لانها تمليك من الجانبين بعوض مالي وهو البيع والعبرة
للمعاني دون الالفاظ المجردة فان تعذر جعلها بيعا بان
كانت قبل القبض في المنقول او كانت بعد هلاك احد
العوضين في المقايضة ففسخ لانها موضوعة له او محتمله
فان تعذر جعلهما فسخا وبيعا بان كانت قبل القبض
في المنقول باكثر من الثمن الاول او باقل منه او بجنس
آخر او بعد هلاك السلعة في عقد المقايضة بطلت الاقالة
عنده ويبقى البيع الاول على حاله لانه بيع المنقول
قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سميا
خلافه وعند محمد والشافعي في الجديد وزفر فسخ ان
كان بالثمن الاول او باقل لان اللفظ موضوع للفسخ
والرفع يقال اللهم اقلني عثراتي فيعمل بمقتضاه فان
تعذر جعلها فسخا بان تقايلا بعد القبض بالثمن الاول
بعد الزيادة المنفصلة او تقايلا بعد القبض بخلاف
جنس الاول فبيع حملا على محله ولهذا صار بيعا في
حق غيرهما لعدم ولايتهما عليه فان تعذر جعلها بيعا
وفسخا بان تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف
جنس الاول بطلت الاقالة ويبقى البيع الاول على
حاله لان الفسخ لا يكون على خلاف الثمن الاول
والبيع لا يجوز قبل القبض وبالاقل من الثمن يكون
فسخا عنده بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن

وهو لو سكت عن الكل كان فسخا فكذا بلفظ الاقالة
ولو ذكره بلفظ المفاسخة او المتاركة او الرد لا يجعل بيعا
اتفاقا اما لا يقتضي موضوعه اللغوي والاقالة قبل
القبض فسخ في النقلي بغيره اي في المنقول والعقار عند
الطرفين وعند ابي يوسف في العقار بيع جديد اذ لا مانع
في جعله بيعا ثانيا وهي عليك من الجانبين كما مر ثم ذكر
بعض الفروع بقوله فلو شرط فيها اي في الاقالة اكثر من
الثمن الاول او خلاف الجنس بطل الشرط ولزم الثمن الاول
عند الامام لان الاقالة فسخ وهو لا يكون الا على الثمن
الاول فيصير ذكر الشرط فاسدا ولغوا دون الاقالة
لما مر ان الاقالة لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع
وقال صاحب المنح وتصح الاقالة بمثل الثمن الاول وبيصح
بالسكوت عن الثمن الاول ويجب الثمن الاول بلا خلاف
الا اذا باع المتولي او الوصي للوقف او للصغير شيئا باكثر
من قيمته او اشترى شيئا للوقف او للصغير حيث لا يجوز
اقالة وان كانت بمثل الثمن الاول رعاية لجانب الوقف
وحق الصغير وعندهما يصح الشرط لو كانت الاقالة
بعد القبض وتجعل الاقالة بيعا جديدا لان الاصل
هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد ان تعذر الفسخ
فجعله بيعا ممكن فاذا زاد او شرط خلاف الجنس
كان قاصدا البيع وان شرط اقل من الثمن الاول
من غير تعيب عند المشتري لزم الثمن الاول ايضا عند
الطرفين وعند ابي يوسف يجعل بيعا ويصح الشرط
لان البيع هو الاصل عنده وان تعيب المبيع عند
المشتري وشرط اقل من الثمن الاول بناء على تعيب

اذا سكت عن البعض وفي النهاية الخلاف فيما اذا ذكر الفسخ صح صح

صح

صح الشرط اتفاقا فيجوز الاقالة من الثمن الاول فيجعل
الحط بازاء ما فات بالعيب ولا تصح الاقالة بعد ولادة
المبيعة عند الامام ظاهره ان المبيعة اذا زادت
زيادة منفصلة او المتصلة بعد القبض فلا تمنع الاقالة
عنده خلافا لهما لان البيع هو الاصل عند ابي يوسف
وعند محمد الاصل اذا تعذر جعلها فسخا تجعل بيعا ولا
يمنعها اي الاقالة هلاك الثمن بل يمنعها هلاك المبيع
لانها رفع البيع والاصل فيه المبيع ولهذا اذا هلك
المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف هلاك الثمن
وهلاك بعضه اي بعض المبيع يمنع الاقالة بقدره
اعتبار البعض بالكل وفي التنوير واذا هلك احد
البدلين في المقايضة صحت الاقالة في الباقي منهما
وعلى المشتري قيمة الهالك ان قيميا ومثله ان مثليا
تقايلا فابق العبد من يد المشتري وعجز عن تسليمه
تبطل وان اشترى جارية فقطعت يده واخذ ارشها
ثم تقايلا صحت الاقالة ولزمه جميع الثمن ولا شيء
للبائع من الارش للبائع اذا علم وقت الاقالة وان لم
يعلم يخير بين الاخذ بجميع الثمن وبين الترك وتصح
اقالة الاقالة فلو تقايلا البيع ثم تقايلاها اي
الاقالة ارتفعت وعاد عقد البيع الا اقالة السلم
فانه لا يصح

باب المرابحة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع
اللازمة وغير اللازمة وما يرفعهما شرع في بيان
الانواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية
معنى ها المرابحة بيع ما شراه وفي الدرر جميع ما ملكه

عندهما الاقالة باطلة عنده الا المنفصلة قبل القبض صح

لم يتناول بيع المشتري لتناول ما اذا ضاع المغصوب عند
الغاصب وضمن قيمته ثم وجده حيث جاز له ان
يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه
شراء بما اشتراه به اي بمثل ما قام عليه كما في الدرر ثم
قال ولم يقل بثمنه الاول لان ما يأخذه من المشتري
ليس بثمنه الاول بل بمثله انتهى اعلم ان في عبارة
المصنف تسامحا اوزيادة على ما قام عليه ولم يكن من جنسه
وسبب جواز البيع مرابحة تعامل الناس بلا نكير
واحتياج الغبي الى الذكي مع ان الغرض من المبيعات
الاسترباح والتولية مصدر ولي غيره اذا جعله واليا
وفي الشرع بيعه اي ما ملكه به اي بمثل ما قام عليه
وفي عبارة للمصنف تسامح ايضا لان ما شراه وهو الثمن
الاول صار ملكا للبائع فلا يمكن البيع به وفيه ايضا
اشتباه لما سيجيء من اجرة الصبغ وغيره مما ضم الى الثمن
الاول فلا يكون الثاني مثلا له في المقدار فيكون
المراد بمثل الثمن الاول بما قام عليه كما في شرح المجمع
فعلى هذا لو قال المصنف كما قال صاحب الدرر لكان اولى
فلا يحتاج الى هذا التكلف تدبر بلا زيادة ولا نقص
والمراد بقوله بيعه بيع العرض لان المرابحة والتولية
لا يجوزان في بيع الصرف وعلة جواز البيع تولية
ما روي ان ابا بكر رضي الله عنه اشترى بعيرين فقال
له النبي عليه السلام ولني احدهما اي بعه بالتولية
والوضيعة بيعه بالنقص منه اي مما قام عليه ومبناها
على الامانة لان المشتري يأتمن البائع في خبره معتمدا على
قوله فيجب على البائع التنزه عن الخيانة والتجنب

عن الكذب

عن الكذب لئلا يقع المشتري في غرر ولا يصح ذلك اي كل
من التولية والمرابحة والوضيعة ما لم يكن الثمن الاول
مثليا كالدراهم والدنانير والكيلي والوزني لانه لو لم
يكن مثليا لا شيئا متفاوتة كالحيوان والجواهر
يكون مرابحة بالقيمة وهي مجهولة لان معرفتها
لا يمكن حقيقة فلا يجوز بيعه مرابحة ولا تولية الا اذا
كان المشتري مرابحة ممن يملك ذلك البدل من البائع بسبب
من الاسباب ومن ثم قال او كان في ملك من يريد الشراء
ويكون الربح معلوما بانتفاء الجهالة وعبارة المجمع لا
يصح ذلك حتى يكون العوض مثليا او مملوكا للمشتري
والربح مثلي معلوم انتهى وفي البحر وتقييد الربح بالمثلي
اتفاقي لجواز ان يرابح على عبد قيمته مشار اليه ولذا
قال في الفتح او يربح هذا الثوب وقيد بكونه معلوما لانه
للاحتراز عما اذا باعه ده يازده اي بربح مقدار درهم
على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان
الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم
لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من
ذوات الامثال كما في الهداية وغيرها ويجوز ان يضم
الى رأس المال اجرة القصارة والصبغ سواء كان اسود
او غيره والطراز بكسر الطاء وبالراء المهملتين والاخرة
زاء معجمة علم الثوب والفتل بفتح الفاء ما يصنع باطراف
الثياب بحرير او كتان والحمل اي اجرة حمل المبيع من
مكان الى مكان برا او بحرا وسوق الغنم والسمسار لان
العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة
التجار ولان الاصل فيه ان كل ما يزيد في المبيع او قيمته

كالصبغ والحمل يلحق به وما لا فلا وقيد بالاجرة لانه
لو فعل شيئا من ذلك بيده لا يضم وكذا لو تطوع متطوع
لهذه او باعارة وكذا يضم تجصيص الدار وطي البئر
وكري الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم بالسين بمعنى القطع
وسقيها والزرع وغرس الاشجار وفي البحر نقلا عن
المحيط يضم طعام المبيع الا ما كان سرفا وزيادة فلا يضم
وكسوته وكراه واجرة المخزن الذي يوضع فيه واما
اجرة السمسار والدلال فقال الزيلعي ان كانت مشروطة
في العقد تضم والا فاكثرهم على عدم الضم في الاول
ولا تضم اجرة الدلال بالاجماع انتهى وهو تسامح فان
اجرة الاول تضم في ظاهر الرواية وفي الدلال قيل لا تضم
والمرجع العرف كما في الفتح لكن يقول بعد ضم اجرة هذه
الاشياء قام علي بكذا لا يقول اشتريته بالاجماع تحرزا عن
الكذب وكذا اذا قوم الموروث ونحوه يقول ذلك وكذا
اذا رقم على الثوب شيئا وباعه برقمه كذا ولا يضم نفقته
اي نفقة نفسه اي البائع ولا يضم اجر الراعي والطبيب
والمعلم وبيت الحفظ لعدم العرف بالحاقه الا في التعليم
فيشمل تعليم العبد صناعة او قرآنا او شعرا او عربية
وفي المبسوط اضاف نفي ضم المنفق في التعليم الى انه
ليس فيه عرف ظاهر حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر
يلحقه براس المال كما في الفتح وكذا لا يلحق اجرة
الرائض والبيطار والفداء في الجناية وجعل الآبق ومهر
الامة لو زوجها والذي يؤخذ في الطريق بطريق الظلم
لا يضم اليه الا في موضع جرت به العادة فيه بينهم
بالضم فان ظهر للمشتري خيانة البائع في المرابحة

اما

اما بالبينة او باقرار البائع او بنكوله عن اليمين وهو
المختار وقيل لا يثبت الا باقراره خير المشتري في
اخذه بكل ثمنه وهو المسمى او تركه اي المبيع ان امكن
الترك وان ظهر الخيانة في التولية يحط اي
المشتري من ثمنه قدر الخيانة عند الامام وهو اي
الحط القياس في الوضيعة يعني اذا ظهر خيانة
بنفي الوضيعة اما اذا كانت خيانة توجد الوضيعة
معها فهو بالخيار وهذا قياس قول الامام لانه لو
اعتبر ما سماه من الثمن لما بقي تولية لانه زائد على
الثمن الاول فتنقلب مرابحة بخلاف المرابحة لانه لو
اعتبر فيه المسمى لا يلزم الانقلاب بل مرابحة كما كانت
فاعتبر المسمى مع الخيار في خيانة المرابحة لفوات الرضا
فلم يعتبر في خيانة التولية لئلا تنقلب مرابحة فتعين
الحط في خيانة التولية وعند ابي يوسف يحط فيهما
اي في المرابحة والتولية قدر الخيانة مع حصتها اي
حصة الخيانة من الربح في المرابحة مثلا اذا قال اشتريت
هذا الثوب بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم ظهر ان
البائع كان اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة وهو درهمان (من الاصل ح)
ويحط من الربح ما يقابل قدر الخيانة وهو درهم واحد
فيأخذ الثوب باثني عشر درهما اذ لفظ التولية
والمرابحة اصل فيبنى على العقد الاول لتحقق الاصل
الذي هو التولية والمرابحة وعند محمد يخير بين
اخذه وتركه فيهما اي في المرابحة والتولية اذ الثمن
المبني على شرائه مجهول والثمن المسمى معلوم
فالمعلوم اولى من المجهول فاعتبر فيهما المسمى الا انه

لما مر من عدم الرضا فلو هلك المبيع بعد ظهور الخيانة في
المرابحة قبل الرد الى البايع او امتنع الفسخ بحدوث
ما يمنع الرد لزم كل الثمن المسمى وسقط الخيار اتفاقا
قال في الهداية يلزم جميع الثمن في الروايات الظاهرة
لانه مجرد خيار لا يقابله شي من الثمن كخيار الروية
والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم
الفايت فيسقط ما يقابله عند عجزه انتهى وفي الكافي
وعن محمد ان المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على
البايع بجميع الثمن بناء على اصله في اقامة القيمة
مقام المبيع في التحالف انتهى فعلى هذا ان قوله اتفاقا
ليس في محله تدبر ومن شرى شيا فباعه بخمسة عشر
ثم شراه هذا الثوب ثانيا بعشرة يرابح على خمسة
يعني يبيعه مرابحة على خمسة ويقول قام على بخمسة
وان شراه ثانيا بخمسة لا يرابح يعني اذا استغرق
الربح الثمن لا يبيعه مرابحة اصلا عند الامام وعندهما
يرابح على الثمن الاخير مطلقا سوا استغرق الربح الثمن
كما في الثانية اولا كما في الاولى لان الاخير عقد متجدد
منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما
اذا تخلل ثالث بان باعه المشتري من اجنبي ثم باعه
الاجنبي من البايع ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه
مرابحة على الثمن الاخير وله ان شبهة حصول الربح
الاول بالعقد الثاني ثابتة لانه يتاكد به بعدما كان
على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة
في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لا يجوز المرابحة فيما
اخذه بالصلح لشبهة الحطيطة فيه كما في التبيين

وفي البحر

وفي البحر نقلا عن المحيط ان ما قال الامام اوثق وما قالاه
ارفق وان اشترى ماذون مديون بعشرة وباع من سيده
بخمسة عشر او بالعكس بان اشترى المولى بعشرة وباعه
من عبده الماذون المستغرق بالدين بخمسة عشر
يرابح السيد في الاولى والعبد في الثانية على عشرة
فيقول قام علي بعشرة لان هذا العقد وان كان صحيحا
في نفسه فيه شبهة العدم لان العبد ملكه وما في يده
لا يخلو عن حقه فاعتبر عدما في حق المرابحة وبقي
الاعتبار للبيع الاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى
بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل
الثاني فيعتبر الثمن الاول والمكاتب كالماذون لوجود
التهمة بل كل من لا تقبل شهادته له كالاصول والفروع واحد
الزوجين واحد المتفاوضين كذلك وظاهره في ما
عدا العبد والمكاتب وتقييده بالمديون اتفاقي لتعلم
حكم غيره بالاولى لوجود ملك المولى في اكسابه كما في
البحر وفيه كلام لان التقييد ليس باتفاقي بل التحقيق
الشرع قال الفقيه ابو الليث فان كان العبد لا دين عليه
فالشرا الثاني باطل لان العبد اذا كان لا دين عليه
فماله لمولاه كما في اكثر الكتب تدبر هذا اذا لم يبين
اما ان بين انه اشتراه من عبده الماذون او مكاتبه
او ممن ابيهما اشتريا من المولى يجوز بيعهم مرابحة كما في
النقاية فعلى هذا لو قال الا اذا بين لكان اولى
والمضارب بالنصف لو اشترى بمال المضاربة شيا
بعشرة وباع من رب المال بخمسة عشر يرابح رب
المال على اثني عشر ونصف فيقول قام علي باثني

عشر ونصف هذا عندنا لان كل واحد منهما يستفيد
ملك هذا العقد لانه لم يستفد ملك الرقبة فيعتبر العقد
مع شبهة العدم لان المضارب وكيل عن رب المال في
البيع الاول من وجه فجعل البيع الثاني عدما في حق
نصف الربح وعندهما لا يجوز بيع رب المال عن المضارب
ولا بيع المضارب منه لانعدام الربح الا ان الربح يحصل اذا
بيع من الاجنبي اذ البيع تمليك مال بمال بعوضه وهو
يشتري ماله بماله ويربح من يريد المرابحة بلا بيان
اي من غير بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن فتعيب
عنده اما بيان نفس العيب القايم فلا بد منه لئلا يكون
غاشا له لحديث الصحيح من غشنا فليس منا كما في البحر
لو اعورت المبيعة بافة سماوية او بصنع المبيعة او وطئت
وهي في الحال ثيب ولم ينقصها الوطي سواء كان الوطي
من مولاها او غيره ولذا اتي بصيغة المجهول او اصاب
قرضا اي قطع فار او حرق نار لان جميع ما يقابله الثمن
قايم اذ الفايت وصف فلا يقابله شي من الثمن اذا فات
بلا صنعه ولذا لو فات في يد البايع قبل المشتري
لا يسقط باعتباره شي من الثمن الا ان للمشتري
بالخيار اخذه بكل الثمن او تركه وكذا منافع البضع
لا يقابلها الثمن وعند زفر وهو قول الشافعي ورواية
عن ابي يوسف يجب البيان لحصول النقصان في صورة
الاعورار اما في صورة وطي الثيب فلا خلاف وقال
ابو الليث وقول زفر احوط وبه ناخذ ورجحه في
الفتح وعن محمد انه ان نقصه قدرا لا يتغابن الناس
فيها لا يبيعه مرابحة بلا بيان ودل كلامه انه لو

نقص

نقص بتغير سعر بامر الله لا يجب عليه ان يبين بالاولى
انه اشتراه في غلائه وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه
او توسخ كما في البحر وان فقئت عينها بمباشرة الغير
سواء فقئت للمولى او للاجنبي بامر المولى او بدونه
او وطئت وهي بكر سواء كان الوطي من مولاها او غيره
او تكسر الثوب من طيه ونشره لزم البيان اي بيعه
مرابحة بشرط ان يبين العيب حيث احتبس عنده
جزء بعض المبيع وهو العذرة والعين لان ازالة
العذرة واخراج العين عند كونها في ملكه فلا يملك
بيع الباقي بكل الثمن مرابحة وتولية اذ الاوصاف
اذا صارت مقصودة بالاتلاف صار لها حصة من
الثمن بلا خلاف اما اذا فقئها الاجنبي فيجب البيان
اتفاقا اما اولا فلانه لما فقئها الاجنبي وجب عليه
ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب لاخذ
الارش فاخذ حكمه فما وقع في الهداية من التقييد بقوله
واخذ المشتري ارشه اتفاقي كما في الفتح وانما قلنا
بمباشرة الغير لانه اذا فقئها يتعلق بنفس المبيع فهو
بمنزلة ما لو تعيب بافة سماوية وان اشترى بنسيئة
وربح بلا بيان خير المشتري اي من اشترى ثوبا بعشرة
نسيئة وباعه بربح ده يازده ولم يبين ذلك فعلم
المشتري خيانته يصير مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله
لان للاجل شبها بالمبيع الا ترى انه يزاد في الثمن لاجل
الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة احتياطا
فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة
بثمنهما فان اتلفه اي المشتري المبيع ثم علم لزم كل ثمنه

والمراد بالاتلاف هلاك المبيع اما بافة سماوية
او باستهلاك المشتري ولو عبر بالتلف
لكان اولى ويفهم الاتلاف بالاولى
كذا في البحر الرايق

المبيع اذ ليس له الا ولاية الرد ولا رد مع الاتلاف ولو
عرف بالتلف لكان اولى لان حكم الاتلاف يعلم من حكم
التلف بالاولى بخلاف العكس كما في البحر وكذا التولية
يعني لو اشترى نسيئة وولاه بلا بيان ثم علم المشتري
الخيانة خير لان للخيانة في التولية مثلها في المرابحة
لابتنائها على الثمن الاول كما في الفرايد وغيره
لكن ينبغي ان يعود قوله وكذا التولية الى جميع
ما ذكره للمرابحة فلا بد من البيان في التولية كما في
البحر ولو اشترى ثوبين صفقة كلا بحصته كره بيع
احدهما مرابحة بلا بيان اي من غير بيان انه اشتراه بحصته صح
بحصته مع ثوب اخر لان الجيد قد يضم الى الردي لترويجه
فهذا عند الامام وقالا لا يكره وقيد بثوبين لان
المشترى لو كان مما يكال او يوزن او بيعه يجوز بلا
كراهة اتفاقا وقيد بقوله صفقة لانه لو كانا
بصفقتين يجوز ايضا اتفاقا وقيد بكلا بحصته
اذ لو بين ثمن كل واحد منهما لا يكره اتفاقا وقيد
بحصته لانه لو باعه بالزايد لا يجوز اتفاقا وقيد
المرابحة ليس للاحتراز عن التولية لانها في الحكم
كذلك بل لانه لو باعه مطلقا لا يكره اتفاقا ومن
ولى اي باع شيا بالتولية بما قام عليه اي بما
اشتراه ولم يعلم مشتريه قدره بكم قام عليه في
المجلس فسد البيع لجهالة الثمن وكذا المرابحة
وان علمه اي علم قدره في المجلس خير بين اخذه
وتركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في
المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتاخير القبول

الى آخر

الى اخر المجلس فان علم بعد التفرق تقرر الفساد
وفي التنوير لا رد بغبن فاحش في ظاهر الرواية
ويفتى بالرد ان غره والا وتصرفه في بعض المبيع
غير مانع منه فصل في بيان البيع قبل
قبض المبيع والتصرف في الثمن بالزيادة والانتقاص
وغير ذلك ووجه ايراد الفصل ظاهر لان المسايل المذكورة
فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في بابها
الاستطراد باعتبار تقييدها بقيد زايد على البيع
المجرد لا يصح بيع المنقول قبل قبضه لنهيه عليه السلام
عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد
على اعتبار الهلاك بخلاف هبته والتصدق به
واقراضه قبل القبض من غير البايع فانه صحيح عند
محمد على الاصح خلافا لابي يوسف واما كتابة العبد
المبيع قبل القبض موقوفة للبايع حبسه بالثمن
فان نقده نفذت كما في التبيين ولا خصوصية
لها بل كل عقد يقبل النقض فهو موقوف واما
تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجايز بدليل
صحة تزويج الابق واما الوصية به قبل القبض
فصحيحة اتفاقا واطلاق البيع شامل للاجارة
والصلح لانه بيع وقيد بالمنقول لانه لو كان
مهرا او ميراثا او بدل الخلع او العتق على مال
او بدل الصلح عن دم العمد يجوز بيعه قبل القبض
بالاتفاق والاصل ان كل عوض ملك بعقد ينفسخ
بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جايز وما لا
فجايز كما في البحر ويصح في العقار اي يصح بيع عقار

لا يخشى هلاكه قبل قبضه عند الشيخين خلافا لمحمد
وهو قول زفر والشافعي عملا باطلاق الحديث
واعتبارا بالمنقول ولهما ان ركن البيع صدر
عن اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك بالعقار
نادر حتى اذا تصور هلاكه قبل القبض لا يجوز
بيعه بان كان على شط البحر او كان المبيع علوا فعلى
هذا لو قيد بلا يخشى هلاكه قبل القبض كما قيدنا
لكان اولى تدبر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه
انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل
الجواز وانما عبر بالصحة دون النفاذ واللزوم لان
النفاذ واللزوم موقوفات على نقد الثمن ورضاء
البايع والا فللبايع ابطاله بخلاف ما لا يقبل النقض
كالعتق والتدبير والاستيلاد كما في البحر ومن
اشترى كيليا كيلا اي بشرط الكيل لا يجوز له اي للمشتري
بيعه ولا اكله حتى يكيله ثانيا لقوله عليه السلام
اذا ابتعت فاكتل فاذا بعت فكل ولاحتمال الغلط في
الكيل الاول اذ ربما ينقص او يزيد فالزيادة للبايع
فيصير التصرف في مال الغير فيجب الاحتراز
لكونه ربا بخلاف ما اذا اشترى مجازفة لان الكل
له ولم يذكر فساد البيع ونص في الجامع الصغير
على فساده وفي الفتح نقلا عن الجامع الصغير لو اكله
وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه اكل حراما لانه اكل
ملك نفسه الا انه اثم بتركه ما امر به من الكيل وكان
هذا الكلام اصلا في ساير المبيعات بيعا فاسدا
اذا قبضها فملكها فاكلها وقد تقدم انه لا يحل

اكل

وكذلك تصرف يقبل النقض اذا فعله المشتري قبل القبض او بعده بغير اذن البايع فللبايع ابطاله صح

اكل ما اشتراه فاسدا وهذا ينبغي ان ليس كل ما لا يحل
اكله اذا اكله لا يقال انه فيه اكل حراما وكفى كيل البايع
بعد العقد بحضرته اي بحضرة المشتري لان المبيع
صار معلوما به وتحقق التسليم هو الصحيح رد لما
قيل يشترط كيلان كيل البايع بعد العقد بحضرة المشتري
قبل التصرف فيه فقيد بعد العقد وبحضرة المشتري
لانه اذا كال قبل العقد مطلقا [سواء حضر المشتري او لا] وبعده في غيبة
المشتري لا يكون كافيا كما في البحر ومثله اي مثل
الكيلي الوزني والعددي غير الدراهم والدنانير اي لا
يبيعه ولا ياكله حتى يزنه او يعده ثانيا ويكفي
ان وزنه او عده بعد البيع بحضرة المشتري وفي
المجتبى لو اشترى المعدود عدا كالموزون فيحرم
الزيادة عليه هذا عند الامام في اظهر الروايتين وعنه
انه كالمذروع وهو قولهما لانه ليس من الربويات فعلى
هذا يلزم للمصنف التفصيل تدبر وانما قيدنا بغير الدراهم
والدنانير لانها يجوز التصرف فيها بعد القبض قبل
الوزن كما في الايضاح هذا كله في غير بيع التعاطي
اما هو فلا يحتاج الى وزن المشتري ثانيا وان
صار بيعا بالقبض بعد الوزن وفي الخلاصة وعليه
الفتوى لا المذروع اي لا يحرم بل يجوز بيعه والتصرف
فيه قبل اعادة الذراع بعد القبض لان الزيادة
له اذ الذراع وصف في الثوب واحتمال النقص
انما يوجب خياره وقد اسقط ببيعه بخلاف القدر
وفي التبيين هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان
سمي فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع وصح التصرف

في الثمن ببيع وهبة واجارة ووصية وتمليك ممن عليه الدين
بعوض وغير عوض قبل قبضه سواء كان مما لا يتعين
كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع
ابلا بدراهم او بكر من حنطة جاز ان يأخذ بدله
شيئا آخر لان المطلق للتصرف وهو الملك قائم و
والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينه
بالتعيين فيكون الدليل اخص من المدعى تدبر
والحط منه اي حط البائع بعض الثمن ولو بعد
هلاك المبيع لانه بحال يمكن اخراج البدل عما
يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت
مقابله فيثبت الحط في الحال ويلحق باصل العقد
استنادا وفيه اشارة الى ان حط كل الثمن غير
ملتحق بالعقد اتفاقا وصح الزيادة فيه اي في
الثمن حال قيام المبيع ان قبل البائع في المجلس
حتى لو زاده فلم يقبل حتى تفرقا بطلت الزيادة
كما في البزازية وغيرها فعلى هذا لو قيد به لكان
اولى لانه مما لا بد منه لا بعد هلاكه اي المبيع في
ظاهر الرواية اذ لو هلك المبيع او تغير بتصرف
المشتري فيه حتى خرج عن اطلاق اسمه عليه كبر
طحن او خرج عن محلية البيع كعبد دبر لا يجوز
الزيادة اذ ثبوتها ملحوظ في مقابلة الثمن وهو
غير باق على حاله فلم يتصور التقابل فيه وكذا
صح الزيادة في المبيع ولزم البائع دفعها ان قبل
المشتري ذلك لانه تصرف في حقه ملكه ويلحق
بالعقد فيصير حصته من الثمن حتى لو هلكت

الزيادة

الزيادة قبل القبض يسقط حصتها من الثمن بخلاف
الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء
بهلاكها قبل القبض وكذا اذا زاد في الثمن عرضا
كما لو اشتراه بمائة ونقدها ثم زاده المشتري عرضا
قيمته خمسون وهلك العرض قبل التسليم ينفسخ
العقد في ثلثه ولا يشترط للزيادة هنا قيام المبيع
فيصح بعد هلاكه بخلاف الزيادة في الثمن كما في البحر
وقال يعقوب باشا وههنا كلام وهو ان الظاهر
من الكافي ان الزيادة بعد تلف المبيع سواء كانت
في الثمن او في المبيع تصح في رواية ولا تصح في ظاهر
الرواية لان الزيادة تغيير من وصف الى وصف العقد
فتستدعي قيام العقد وقيامه بقيام المبيع وذكر
في بعض شروح الجامع الصغير ان الزيادة في المبيع
او الثمن انما تجوز ان كان المبيع قائما ولا يجوز لو
كان المبيع هالكا فبين هذا وبين ما ذكر منافاة
فليتأمل في التوفيق ويتعلق الاستحقاق بكل
ذلك اي استحقاق البائع والمشتري بكل الثمن
والمبيع والزائد والمزيد عليه فالزيادة والحط
يلتحقان باصل العقد عندنا قال صدر الشريعة
ويمكن ان يراد انه اذا استحق مستحق المبيع او الثمن
فالاستحقاق يتعلق بجميع ما يقابله من المزيد
والمزيد عليه فلا تكون الزيادة صلة مبتدأة كما
هو مذهب زفر والشافعي واعترض عليه صاحب
الدرر بانه لا يمكن ذلك لان مدار هذا الاستحقاق
على الدعوى والبينة فاذا ادعى المستحق مجرد المزيد

عليه وانبتر اخذه وان ادعاه مع الزيادة واثبته
اخذه وكذا ان ادعى الزيادة فقط ثم ان حكم الالحاق
يظهر في التولية والمرابحة فلينا قل فيرابح ويولي
هذا تفريع على صحة الزيادة والحط وعلى الحاقهما ~
باصل العقد على الكل ان زيد وعلى ما بقي ان حط
لان كلا من الزيادة والنقصان ملتحق باصل العقد
فتعتبر المرابحة والتولية بالنسبة اليه والتشفيع
ياخذ بالاقل في الفصلين اي فصل الزيادة على
الثمن وفصل الحط عنه وان كان مقتضى الالحاق بالاصل
ان ياخذ بالكل في صورة الزيادة لانه حق تعلق ~
بالعقد الاول وفي الزيادة ابطاله فليس لهما ابطاله
ومن قال بع عبدك من زيد بالالف على اني ضامن
كذا اي من مائة مثلا من الثمن سوى الالف اخذ
اي مولى العبد الالف من زيد والزيادة منه اي من
الضامن لان الزيادة المشروطة جعلت من الاصل
المقابلة للمبيع فكان التزم بعض ما ورد عليه العقد
من الثمن فيوخذ منه وان لم يقل من الثمن والمسئلة
بحالها فالالف على زيد لانه ثمن العبد ولا شي عليه
من الثمن على القائل لانه لم يزد فان قيل فكيف لا شي
عليه وعبارته صحيحة في الضمان قلنا مبنى الكلام
على انه قال بع عبدك من زيد بالف على اني ضامن
ما سوى الضمان فالضمان اذ ذاك غير متعلق بالثمن
فلا شي عليه من الثمن هذه المسئلة من تفاريع
زيادة الثمن وفي ذكرها فائدة صحة ازديادها من الا
الاجنبي ايضا ولهذا ذكرها المص في هذا الباب

ولقد

ولقد اصاب ولم يذكرها صاحب الهداية بل اوردها بعد
بعد السلم وكل دين اجل باجل معلوم صح تاجيله ~
وان كان حالا لان المطالبة حقه فله ان يوخره
سواء كان ثمن مبيع او غيره تيسيرا على من له عليه
دينه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولا
بد من قبوله ممن عليه الدين فلو لم يقبله بطل الت
التاخير فيكون حالا وصح تعليق التاجيل بالشرط
كما في البحر الا القرض استثناء من قوله وصح تاجيله
اي فلا يصح تاجيله لكونه اعارة وصلة في الابتداء
ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم
التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع ~
وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم
بالدراهم نسيئة وهو ربوا وفي الظهيرية القرض
المجحود يجوز تاجيله وفصل صاحب التنوير مسئلة
القرض لكثرة الاحتياج اليه في المعاملات فقال
القرض هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي
لآخر ليرد مثله وصح في مثلي لا في غيره فيصح استقراض
الدراهم والدنانير وكذا ما يكال او يوزن او يعد
متقاربا فيصح استقراض جوز وبيض ولحم استقرض
طعاما بالعراق فاخذه صاحب القرض بمكة فعليه
قيمته بالعراق يوم اقرضه عند ابي يوسف وعند
محمد يوم اختصما وليس عليه ان يرجع الى العراق
فياخذ طعامه ولو استقرض الطعام في بلد فيه
الطعام رخيص فلقيه المقرض في بلد فيه الطعام
غال فاخذه الطالب بحقه فليس له ان يحبس المطلوب

يكون له

ويؤمر المطلوب بان يوثق له حتى يعطيه طعامه في البلد الذي استقرض فيه استقرض شيئا من الفواكه كيلا او وزنا فلم يقبضه حتى انقطع فانه يجبر صاحب القرض على تاخيره الى مجي الحديث الا ان يتراضيا على القيمة ويملك المستقرض القرض بنفس القبض عند الشيخين خلافا لابي يوسف اقرض صبيا محجورا فاستهلكه الصبي لا يضمن وكذا المعتوه ولو عبدا محجورا لا يواخذ به قبل العتق وهو كالوديعة استقرض من اخر دراهم فاتاه المقرض بها فقال المستقرض القها في البحر لا شيء على المستقرض والقرض لا يتعلق بالجائز من الشروط فالفاسد منها لا يبطله ولكنه يلغو شرط رد شيء اخر فلو استقرض الدراهم المكسورة على ان يؤدي صحيحا كان باطلا وعليه مثل ما قبض الا في الوصية فهو استثناء من المستثنى يعني اذا اوصى ان يقرض من ماله القدر الم فلانا الى سنة يجوز من الثلث ويلزم فلا يطالب حتى تمضي المدة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها نظرا للموصي الا ترى انه يجوز بالخدمة والسكنى وتلزم ولا يصح التاجيل الى اجل مجهول ومنه عشي الجمالة كهبوب الريح ونزول المطر مثلا ويصح في المتقارب كالحصاد ونحوه كما جاز ذكر في الكفاية

باب الربا وجه مناسبته للمرابحة ان في كل منهما زيادة الا ان تلك الزيادة جائزة وهذه حرام والحل هو الاصل في الاشيا فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه وهو الربا بكسر

الرا

في الماء فالقاها

67

الرا والقصر اعم من الربو بالفتح والسكون فلا مرادو ولـــذا قيل في النسبة ربوي وفتحها خطاء وفي المصباح الربا الفضل والزيادة وهو مقصور على الاشهر وليس المراد مطلق الفضل بالاجماع وانما المراد فضل مخصوص فلذا عرفه شرعا بقوله هو فضل مال اي فضل احد المتجانسين على الاخر بالمعيار الشرعي اي الكيل او الوزن ففضل قفيزي شعير على قفيز بر لا يكون ربوا خالي ذلك الفضل عن عوض قيد به ليخرج بيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير فان للثاني فضلا على الاول لكنه غير خال عن العوض بصرف الجنس الى خلاف جنسه بان يباع كر بر بكري شعير وكر شعير بكري بر شرط جملة فعلية صفة لفضل مال اي شرط ذلك الفضل لاحد العاقدين اي البايعين او المقرضين او الراهنين للاصل ازعما اذ شرط لغيرهما وفي الاصلاح في احد البدلين ولم يقل لاحد العاقدين لان العاقد قد يكون وكيلا وقد يكون فضوليا والمعتبر كون الفضل للبايع او للمشتري انتهى لكن عقد الوكيل عقد للموكل وعقد الفضولي يتوقف على قبول المالك فيصير العاقد حقيقة حقيقة للموكل والمالك فلا حاجة الى التقييد بل انه برقي معاوضة مال بمال قيد به للاحتراز عن هبة بعوض زايد فانه يدخل فيه ما اذا اشرط فيه من الانتفاع بالرهن كالاستخدام والركوب والزراعة واللبس واكل الثمر فان الكل ربا حرام كما في القهستاني وعلته اي علة وجوب المماثلة التي يلزم عند فواتها الربا وفي اصطلاح الاصول العلة ما يضاف اليه ثبوت الحكم بلا واسطة فخرج الشرط لانه لا يضاف اليه ثبوت الحكم بل بواسطة

فخرج الشرط لانه لا يضاف اليه ثبوته فالسبب والعلامة
وعلة العلة لا يضاف الا بواسطة القدر لغة كون شيء ~
مساويا لغيره بلا زيادة ولا نقصان وشرعا التساوي
في المعيار الشرعي الموجب للمماثلة الصورية وهو الكيل
والوزن والجنس اي مع اتحاد الجنس في العوضين
فالعلة مجموع الوصفين عندنا لان الاصل فيه
الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة
بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا وعد الاشيا
الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة
اي بيعوا مثلا بمثل او بيع الحنطة بالحنطة مثل بمثل
حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب
باعرابه ومثل جزء فلما كان الامر للوجوب والبيع
مباح صرف الوجوب الى رعاية المماثلة كما في قوله
تعالى فرهان مقبوضة حيث صرف الايجاب الى القبض
فصار شرطا للرهن والمماثلة بين الشيئين تكون باعتبار
الصورة والمعنى والقدر يسوي الصورة كما بيناه ~
والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل الذي هو الربا
ولا يعتبر الوصف لقوله عليه السلام جيدها ورديها
سوا فحرم تفريع على كون العلة القدر والجنس بيع
الكيلي والوزني بجنسه كبيع الحنطة بالحنطة ~
والذهب بالذهب مثلا متفاضلا لوجود الربا في
ذلك او نسيئة اي مؤجلا لما في ذلك شبهة الفضل اذ النقد
خير ولو وصلية غير مطعوم خلافا للشافعي فان علة
الربا عنده الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان
والجنسية شرط لعمل العلة عليها حتى لا تعمل العلة

المذكورة

المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية كالجص من
المكيلات والحديد من الموزونات والطعم غير معتبر وحل
بيع ذلك متماثلا مع التقابض او متفاضلا غير معير
اي بغير عيار كحفنة بحفنتين لانتفاء جريان الكيل
وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير
للشرع بما دونه واما اذا كان احد البدلين يبلغ حد
نصف الصاع او اكثر والاخر لم يبلغه فلا يجوز كما في ~
العناية وبيضة ببيضتين وتمرة بتمرتين وحاصله
ان ما لا يدخل تحت المعيار وهو الكيل والوزن اما
لقلته كالحفنة والحفنتين والتمرة والتمرتين واما
لكونه عدديا لا يباع بالمعيار الشرعي كالبيضة والبيضتين
والجوزة والجوزتين يحل البيع متفاضلا لعدم جريان
القدر والمعيار فلا توجد المساواة فلم يتميز الفضل
وبقي على الاصل وهو الحل عندنا خلافا للشافعي هو
لوجود علة الحرمة وهي الطعم مع عدم المخلص وهو
المساواة فيحرم لان الاصل عنده الحرمة فان وجد
الوصفان اي الكيل والوزن مع الجنس حرم الفضل
كقفيز بر بقفيزين منه وحرم النساء ولو مع التساوي
كقفيز بر بقفيز بر مع حضور احدهما او كلاهما نسيئة ~
لوجود العلة الموجبة للحرمة اذ الاصل الجواز والحرمة
بعارض فيجوز ما لم يثبت فيه دليل الحرمة وان وجد
احدهما فقط حل التفاضل كما اذا بيع قفيز حنطة
بقفيزي شعير يدا بيد حل الفضل فان احد جزئي
العلة وهو الكيل موجود هنا دون الجزء الاخر وهو
الجنسية وان بيع خمسة اذرع من الثوب الهروي

وان عدما اي القدر والجنس حلا اي الفضل والنساء لعدم العلة المحرمة صح

بستة اذرع مثلا بمثل يدا بيد حل ايضا لان الجنسية موجودة
دون القدر لا النسا اي لا يحل النسا في هاتين
الصورتين ولو بالتساوي وذلك لان جزء العلة وان
كان لا يوجب الحكم لكنه يوجب الشبهة في الربا والشبهة
في باب الربا ملحقة بالحقيقة لكنها ادون من
الحقيقة فلا بد من اعتبار الطرفين ففي النسيئة احد
البدلين معدوم وبيع المعدوم غير جائز فصار هذا
المعنى مرجحا لتلك الشبهة فلا يحل وفي غير النسيئة لم
نعتبر الشبهة لما قلنا ان الشبهة ادون من الحقيقة
على ان الخبر المشهور وهو قوله عليه السلام اذا
اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون
يدا بيد يؤيد ما قلنا وعند الشافعي ان الجنس
بانفراده لا يحرم النسا كما في شرح الوقاية ثم فرعه
بقوله فلا يصح سلم هروي في هروي لوجود الجنس
والنسا في المسلم فيه ولا سلم بر في شعير لوجود
القدر مع النسا وشرط التعيين والتقابض في
المجلس في الصرف لقوله عليه السلام الفضة بالفضة
هاوها معناه خذ يدا بيد والمراد به القبض كما
لما عنه لانفصاله وشرط التعيين فقط في غيره
اي في غير عقد الصرف من الربويات ولا يشترط
التقابض في بيع الطعام بمثله عينا حتى لو باع برا
ببر بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز عندنا خلافا
للشافعي وانما قلنا بمثله اذ التقابض اتفاقا حتى
لا يجوز اتفاقا وانما قلنا عينا اذ لو لم يكن معينا
لا يجوز اتفاقا اما عندنا فلعدم العينية واما
عنده

عنده فلعدم القبض وللشافعي قوله عليه السلام الا
الطعام بالطعام يدا بيد ولانه لو لم يقبض في المجلس
يتعاقب فوجد في القبض الاولوية فيتحقق شبهة
الربا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض
كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هي التمكن في
التصرف فيه فيترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف
لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام
يدا بيد عينا بعين لما رواه عبادة بن الصامت كذا
وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف
النقد والاجل وما نص على صيغة المجهول على تحريم
الربا فيه كيلا فهو كيلي ابدا كالبر والشعير والتمر والملح
او ان نص على تحريمه اي تحريم الربا فيه وزنا فهو
وزني ابدا كالذهب والفضة ولو وصلية تعورف بخلافه
لان النص قاطع وهو اقوى من العرف والاقوى لا يترك
بالادنى وما لا نص فيه اي في كونه كيليا او وزنيا
حمل على العرف كغير الستة المذكورة من امثال الفضة
لان الشرع اعتبر عادة الناس لقوله عليه السلام
ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وقال
الشافعي هو محمول على عادة اهل الحجاز في عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم قلنا ذلك في نصاب
الزكاة والكفارات لان الامة اجتمعت على خلاف
ذلك في البياعات وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف
على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على
ذلك كان للعرف وقد تبدل فتبدل الحكم وقال
المولى سعدي استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق

ينبغي

وزنا على ما هو المتعارف في زماننا ان يكون مبنيا على هذه
الرواية ثم فرع بقوله فلا يجوز بيع البر بالبر متماثلا وزنا
لان البر كيلي شرعا لا وزني ولا يجوز بيع الذهب بالذهب
متماثلا كيلا لان الذهب وزني لا كيلي وان تعارفوا ذلك
لاحتمال الفضل على ما هو المعيار فيه وجاز بيع فلس
معين بفلسين معينين عند الشيخين خلافا لمحمد
بيع الفلس بجنسه متفاضلا يحتمل وجوها الاول ان يكون
كلاهما في المبيع معينا الثاني ان يكون المبيع معينا
والثمن غير معين الثالث عكس الثاني الرابع ان يكون
كل منهما غير معين والكل فاسد سوى الوجه الاول له
ان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما
واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كبيع الدرهم بالدرهمين
ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا
ولاية للغير عليهما وتبطل باصطلاحهما واذا بطلت تتعين
بالتعيين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة ويجوز
بيع الكرباس بالقطن وكذا بالغزل كيف ما كان لاختلافهما
جنسا لان الثوب لا ينقض ليعود غزلا وقطنا والكرباس
الثياب من الخام والجمع كرابيس كما لو باع القطن بغزله
لا يجوز الا متساويا وقول محمد اظهر وفي الحاوي وهو
الاصح ولو باع قطنا غير محلوج بمحلوج جاز اذا علم ان
الخالص اكثر مما في الاخر والا لا يجوز ولو باع القطن غير
المحلوج بحب القطن فلا بد ان يكون الحب الخالص اكثر من
الحب الذي في القطن ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند
الشيخين وعند محمد وهو قول الشافعي لا يجوز بيعه
اي بيع اللحم بحيوان بجنسه حتى يكون اللحم اكثر مما في
الحيوان

فانه يجوز كيف ما كان وهو قول ... لاختلاف الجنس محمد وقال ابو يوسف

الحيوان ليكون اللحم بمقابلة ما فيه والباقي من اللحم بمقابلة
السقط كالجلد والكرش والامعاء والطحال لانهما جنس
واحد ولهذا لا يجوز احدهما بالاخر نسيئة وكذا متفاضلا
كالزيت بالزيتون وهو القياس ولهما ان الحيوان ليس
لحمه بمال ولا ينتفع به انتفاع اللحم وماليته معلقة
بالذكاة فيكون جنسا اخر بخلاف الزيت والزيتون
وهذا لاستحسان قيد باللحم لانه لو باع احد الشاتين
المذبوحتين الغير المسلوختين بالاخر جاز اتفاقا باعتبار
جعل لحم كل منهما بجلد الاخر ولو كانتا مسلوختين يجوز
اذا تساويا وزنا ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة
يجوز اتفاقا فموضع الخلاف في بيع اللحم من جنس ذلك
الحيوان ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متماثلا كيلا
لا متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى وبه تثبت
المجانسة من كل وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البر
بالبر وقيده ابن الفضل بما اذا كانا مكبوسين والا لا
يجوز خلافا للشافعي لعدم الاعتدال في دخوله الكيل
لانه منكبس وممتلي جدا وقوله كيلا احترز عن الوزن
لان فيه روايتين وعن الجزاف واشارة الى نفي قول
الشافعي لا يجوز بيع بالسويق اي اجزاء حنطة مقلية
والدقيق اجزاء حنطة غير مقلية اصلا اي لا متفاضلا
ولا متساويا عند الامام لانه لا يجوز بيع الدقيق
بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما
لقيام المجانسة وبيع المقلية والسويق متساويا
جائز لاتحاد الاسم خلافا لهما ايضا لا يجوز كيف ما كان
لاختلافهم الجنس ولكن يدا بيد لان القدر يجمعهما

الدقيق صح

ويجوز بيع الرطب بالرطب متماثلا خلافا للشافعي وكذا
يجوز بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب متماثلا عند
الامام لان الرطب والتمر متجانسان بالذات لا بالصفا
فيدخل تحت قوله عليه السلام التمر بالتمر مثلا بمثل
وان لم يتجانسا على زعم المخالف يجوز ايضا للدخول
تحت قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا
كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد خلافا لهما لانتقاص
الرطب بالجفاف وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف
وكذا يجوز بيع البر رطبا بفتح الرا وسكون الطا او مبلولا
بمثله او باليابس وبيع التمر والزبيب منقعين من
الانتقاع بمثلهما متساويا حال من الجميع يعني يجوز
بيع البر رطبا او مبلولا بمثله او باليابس وبيع التمر
والزبيب منقعين بمثلهما متساويا عند الشيخين
لان حال المبيع معتبر وقت العقد فيعتبر التساوي
فيه اختلف الصفة او لم تختلف خلافا لمحمد في جميع
ذلك لانه اعتبر التساوي في الحال والمال وترك ابو يوسف
الاصل الذي هو تحقق التساوي حال العقد في بيع
الرطب بالتمر وكان مع محمد لحديث النبي عليه السلام
انه سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال النبي عليه السلام
او ينقص اذا جف فقيل نعم قال لا اذا فبقي الباقي على
القياس ويجوز بيع لحم حيوان بلحم حيوان غير جنسه
متفاضلا نقدا وكذا اللبن وعن الشافعي انها جنس
واحد لاتحاد المقصود فلا يجوز الا متساويا ولنا
ان الاصول مختلفة حتى لا يضم بعضها الى بعض في
الزكاة فكذا اجزاؤها وقيدنا بالنقد لان بيعه نسيئة

غير

غير جائز بالاتفاق والجاموس مع البقر جنس واحد وكذا
المعز مع الضان والبخت مع العراب فلا يجوز بيع لحم البقر
بالجاموس متفاضلا لاتحاد الجنس بدليل الضم في
الزكاة للتكميل فكذا اجزاؤها ما لم يختلف المقصود
كشعر المعز وصوف الضان فانهما جنسان فان قلت
لم جاز لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا مع انه من جنس
واحد ولم يتبدل بالصفة قلنا انما جاز لانه غير موزون
عادة فلم يكن مقدرا فلم يوجد العلة وحاصله ان
الاختلاف باختلاف الاصل او المقصود او تبدل الصفة
وفي الفتح ينبغي ان يستثنى من لحوم الطير الدجاج
والاوز لانه يوزن في عادة اهل مصر ويجوز بيع خل
العنب بخل الدقل نقدا متفاضلا لانهما جنسان
متغايران كاصلهما وكذا شحم البطن بالالية او باللحم
اي يجوز بيعها متفاضلا وان كانت كلها من الضان
لانها اجناس مختلفة لاختلاف الاسما والصور
والمقاصد ويجوز بيع الخبز بالبر او الدقيق او السويق
متفاضلا لعدم التجانس لان الخبز وزني او عددي
والبر كيلي بالنص ولم يجمعهما قدر وكذا بيع الخبز بالدقيق
او السويق متفاضلا لما ذكرنا من عدم التجانس فلم
توجد علة الربا هذا اذا كانا نقدين واما اذا كان احدهما
نسيئة سواء كان خبزا او برا او دقيقا فيجوز في صورة
كون البر نسيئة عند الامام لانه اسلم موزونا في
مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره قيل يفتى
به فيجوز في صورة كون الخبز نسيئة عند ابي يوسف
لانه اسلم في موزون وقيل يفتى به وعن هذا

قال دان وصلية كان احدهما نسيئة به يفتى للتعامل
في الحاوي ويجوز بيع اللبن بالجبن ولا يجوز بيع الجيد
بالردي انا قوبل بجنسه مما فيه الربا الا متساويا
لقوله عليه السلام جيدها ورديها سوا وكذا يجوز بيع
البسر بالتمر لاطلاق التمر على البسر ولا يجوز بيع البر
بالدقيق او بالسويق او بالنخالة مطلقا اي لا متساويا
ولا متفاضلا لان المجانسة باقية من وجه باعتبار
انها اجزا الحنطة ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت
والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت في صورة بيع
الزيتون به والشيرج في صورة بيع السمسم به اكثر
مما في الزيتون والسمسم وفيه اللف والنشر المرتب
وهو ان يرجع الاول للاول والثاني للثاني
لتكون الزيادة بالتجير بحكم الثفل المثلثة بثقل كل
شي بعضو واعلم ان البيع لا يجوز في ثلاث صور
الاولى ان يعلم ان الزيت الذي في الزيتون اكثر
لتحقق الفضل من الدهن والثفل الثانية ان
يعلم التساوي لخلو الثفل عن العوض الثالثة
ان لا يعلم انه مثل او اكثر او اقل فلا يصح عندنا لان
الفضل المتوهم كالمتحقق احتياطا وعند زفر جاز
لان الجواز هو الاصل والفساد لوجود الفضل
الخالي منا لا يعلم لا يوجد ويجوز البيع في صورة
بالاجماع ان يعلم ان الزيت المنفصل اكثر ليكون
بالفضل وكل شي يتلف قيمة اذا بيع بالخالص
منه لا يجوز حتى يكون الخالص اكثر كبيع الجوز
بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواة كما في البحر

ولا

ولا يستقرض الخبز اصلا لا وزنا ولا عددا عند الامام
للتفاوت الفاحش من حيث الطول والعرض والغلظ
والرقة ومن حيث الخباز والتنور وعند ابي يوسف
يجوز استقراضه وزنا لامكان التساوي في الوزن
لا عددا للتفاوت في احاده وبه يفتى وبه جزم صاحب
الكنز وذكر الزيلعي ان الفتوى على قول ابي يوسف
وقال في شرح المجمع لابن ملك الفتوى على قول محمد
وفي الفتح وانا ارى قول محمد احسن لكونه ايسر
ثم ارفق ولا ربا بين السيد وعبده لانه وما في يده
ملكه اطلقه وقيد بعض الفضلا بما اذا لم يكن دين
مستغرق لرقبته وكسبه واما اذا كان مستغرقا فيجري
الربا بينهما اتفاقا لعدم الملك عنده للمولى في كسبه
كالمكاتب وعندهما لتعلق حق الغير لكن اذا لم يكن ما
معه لمولاه بان كان مديونا سوا كان الدين لمولاه
كالمكاتب او لغيره فيتقرر البيع بينهما فيصير الحكم
كحكم سائر البيوع ولذا لم يفصل قديروفي البحر ولا
ربا بين المتفاوضين وشريكي العنان اذا تبايعا
من مال الشركة وان كان من غيره جرى بينهما ولا ربا
بين المسلم والحربي في دار الحرب عند الطرفين
خلافا لابي يوسف والشافعي اعتبارا بالمستامن
منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربا بين المسلم
والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي
طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن غدر
بخلاف المستامن منهم لان ماله صار محظورا بعقد
الامان قال في التسهيل وعنه يجوز الربا عند

وعند محمد يجوز وزنا وعددا هكذا حرره البحر

الامام بين مسلم ومن امن ثمة لعدم العصمة في مال من
اسلم ثمة فصار كمال الحربي ويجوز للمسلم اخذ مال الحربي
برضاه ولهما انه ربا جرى بين مسلمين فيحرم وفيه كلام
وهو ان عدم العصمة ممنوع الا يرى ان الغانمين لم يملكوا
ما في يد من اسلم ثمة اذا ظهروا عليهم كمن يمكن الفرق
بان يبيع الشي من الربويات بجنسه متفاضلا يكون
برضاه بخلاف ما اذا ظهروا عليهم واخذوا ما في يده
من اسلم ثمة لانهم اخذوا قهرا لا بالرضى فافترقا تدبر

باب الحقوق والاستحقاق

كان من حق مسايل الحقوق ان تذكر في الفصل المتصل
باول البيوع الا ان للمص التزم ترتيب الهداية كما
التزم صاحب الهداية الجامع الصغير ولان الحقوق توابع
ذكرها بعد ذكر مسايل الاستحقاق في باب اخر وللمص
ذكرها في بابه وليت شعري لم ترك اسلوبه والحقوق
جمع حق وهو خلاف الباطل وهو مصدر حق الشي من
باب ضرب وقتل اذا وجب وثبت ولهذا يقال لمرافق الدار
حقوقها وتمامه في البحر فلا يدخل العلو والكنيف في
بيع الدار وان لم يذكر بكل حق هو لها ونحوه لان
الدار اسم لما يدار عليه الحدود من الحائط ويشتمل على
بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من اجزايه
فيدخل فيه من غير ذكر وكذا الكنيف داخل فيما اطلق
عليه وان كان خارجا مبنيا على الظلة لانه يعد
منها عادة وكذا يدخل فيه بير الماء والاشجار التي في
صحنها والبستان الداخل واما الخارج فان كان اكبر
منها او مثلها لا يدخل الا بالشرط وان كان اصغر

من يدخل لانه يعد من الدار عرفا والكنيف المستراح
كما في البحر وفي العناية الدار لغة اسم لقطعة ارض
ضربت لها الحدود وميزت عما يجاورها بادارة حائط عليها
فبني على بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصحرا
للاستراحة ومنافع الابنية للاسكان وغيره ذلك
ولا فرق بين ما اذا كانت الابنية بالكل والتراب
وبالخيام والقباب لا تدخل الظلة في بيع الدار الظلة
الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار والطرف
الاخر على دار اخرى او على اسطوانات في السكة
ومفتحه في الدار المبيعة كما في الفتح وفي البحر وغيره
وفي الصحاح الظلة بالضم كهيئة الصفة وفي المغرب
قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي تكون
فوق الباب فقد وهما انتهى الا بذكر كل حق هو لها اي للدار
او بمرافقها اي بذكر مرافقها وهي حقوقها التي تبعتها كما
بمرافقها او بكل حق قليل او كثير هو فيها او منها فحينئذ تدخل
الظلة في بيعها عند الامام وعندهما تدخل اي الظلة
من غير ذكر شي مما ذكرنا ان كان مفتحها في الدار لانها من
توابع الدار ولهما ان الظلة تابعة للدار من جهة ان
قرار احد طرفيها على بناء الدار وليست تابعة لها من
حيث ان قرار طرفها الاخر على غير بنائها فلا يدخل
بلا ذكر الحقوق وتدخل بذكرها عملا بالشبهتين ولو
كان مبنيا على الظلة يدخل في بيع الدار بلا ذكر الحقوق
لانها تعد من الدار عادة وفي الخانية ويدخل الباب
الاعظم فيما يباع بيتا او دارا بمرافقها لان الباب من
مرافقها ولا يدخل العلو في شرا منزل الا بذكر نحو كل حق

اي الا ان يقول لكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل
وكثير هو فيه او منه لان المنزل بين الدار والبيت
اذ يتأتى فيه مرافق السكنى بنوع قصور اذ لا منزل
للدواب فيه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه
تبعا عند ذكر الحقوق ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدون
ولا يدخل العلو في شرا دار وصلية ذكر بكل حق ونحوه بيت ؟
ما لم ينص عليه لان البيت اسم لما يبات فيه والعلو
مثله والشيء لا يستتبع مثله فلا يدخل فيه الا بالـ
بالتنصيص عليه وفي الكافي ان هذا التفصيل مبني
على عرف الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سوا
باع باسم البيت او المنزل او الدار والاحكام تنبني على
العرف فيعتبر في كل اقليم وفي كل عصر عرف اهله ولا تدخل
الطريق في بيع ماله طريق ولا يدخل المسيل في بيع
ماله مسيل ولا يدخل الشرب في بيع ماله شرب الا
بذكر نحو كل حق لان هذه الاشيا تابعة من وجه باعتبار
وجودها بدون المبيع فلا يدخل الا بذكر نحو كل حق
وفي القهستاني واللام للعهد اي مسيل الما والنهر
في ملك خاص وشرب الارض ومايها وينبغي ان لا
يدخل الشرب اصلا في موضع يتعارف بيع الارض
بلا شرب وطريق الدار عرضه عرض الباب الذي
هو مدخله وطوله منه الى الشارع او هو اعم
من طريق خاص في ملك انسان وقت البيع فلو
سد الطريق القديم يدخل بذكره فالطريق الى
الشارع العام والى سكة غير نافذة يدخل في البيع
كما في المحيط لكن في الخلاصة ان الاظهر لا يدخل
الايما

الا ما ذكر بخلاف الطريق النافذة لا يدخل اصلا وان كان
له حق المرور كما كان قبل الشرا وتدخل هذه الاشيا
في الاجارة بدون ذكر نحو كل حق اذ لم ينتفع المستأجر
بدونها ومثلها في الرهن والصدقة الموقوفة وقال
العيني ولا يدخل مسيل ما السطح اذا كان في ملك
خاص ولا مسقط الثلج فصل في بيان احكام
الاستحقاق البينة حجة متعدية الى الغير تظهر في كافة
الناس لان البينة لا تصير حجة الا بقضا القاضي وله
ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة كما في
التبيين وظاهره ان معنى التعدي انه يكون القضا
بها قضا على كافة الناس في كل شي يقضي به بالبينة وليس
كذلك فانما يكون القضا على الكافة في عتق ونحوه كما هو
تحقيقه والاقرار حجة قاصرة فلا يتوقف على القضا
فللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه والتنا
والتناقض يمنع دعوة الملك لا يمنع التناقض دعوى
الحرية والطلاق والنسب لان القاضي لا يمكنه ان يحكم
بالكلام المتناقض اذ احدهما ليس باولى من الاخر
فسقطا عن ان الحرية والطلاق والنسب مبناه
على الخفا فيعذر في التناقض لان النسب يبنى على
العلوق والطلاق والحرية ينفرد بهما الزوج والمولى
فيخفى عليهم كما في التبيين فلو ولدت امة مبيعة
تفريع على كون البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة
يعني لو اشترى امة فولدت عنده من غير مولاه وفي
الكافي ولدت لا باستيلاده فاستحقت ببينة تبعها
ولدها وفي الكافي في كونه مستحقا وملكا لمن برهن

القضاء

ان كان في يده اي في يد المشتري وقضي به اي بالولد ايضا
وهو الاصح لان محمدا قال اذا قضي القاضي بالاصل المستحق
ولم يكن الزوائد او في يد آخر وهو غايب لم تدخل الزوايد
تحت القضا لانفصالها عن الاصل يوم القضا فعلي هذا التقييد
بان كان في يده اي وقيل يكفي القضا بالام لانه تبع
لها فيدخل في الحكم عليها وان اقر المشتري بها اي بالامة
المبيعة لرجل لا يتبعها ولدها فياخذ المقر له الامة
لا ولدها والفرق ان البينة تثبت الملك من الاصل والولد
كان متصلا بها يوميذ فيثبت به الاستحقاق فيه والاقرار
حجة قاصرة يثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر
وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة لم يذكر
النكول لانه في حكم الاقرار وفي البحر نقلا عن النهاية
انما لا يتبعها الولد في الاقرار اذا لم يدعه المقر اما
اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له ولا خصوصية للولد
بل زوايد المبيع كلها علي التفصيل انتهي لكن الظاهر لا
يصلح حجة للاستحقاق كما قاله المولي سعدي وفي
البزازية واستحقاق الجارية بعد موت الولد لا يوجب
علي المشتري شيا كزوايد المغصوب وان قال شخص
لآخر اي رجل يطلب شرا عبد اشترني فانا عبد
لفلان فاشتراه اي الرجل العبد بنا علي كلامه فاذا
هو حر اي ظهر انه حر واذا هنا للمفاجاة فان كان
البايع حاضرا او غايبا كان مكانه معلوما لا يضمن
العبد الآمر لوجود من عليه الحق والا اي وان لم
يكن البايع حاضرا او لم يكن مكانه معلوما ضمن اي
رجع المشتري علي العبد بالثمن عند الطرفين لانه

المقر

المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه والمشتري اعتمد
علي امره واقراره انه عبد اذ القول قوله في الحرية
فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه علي البايع
دفعا للغرور والضرر ورجع العبد علي البايع بما ادي
اذا حضر لانه قضا دينا عليه وهو مضطر فيه فلا
يكون متبرعا وعند ابي يوسف لا يرجع المشتري علي
العبد بشي لان ضمان الثمن بالبيع ومنه اي الكفالة
فلم يوجد احد منهما كما قال اشترني او قال انا عبد
ولم يزد علي ذلك فانه لا رجوع عليه بشي بالاتفاق
كما قال في الفتح لكن في العناية ما يخالفه فلينظر
ثمة وان قال ارتهني فانا عبد فارتهنه فاذا
هو حر فلا ضمان اصلا سوا كان البايع حاضرا
اولا وسوا كان مكانه معلوما او غير معلوم لان
الرهن لم يشرع معاوضة وموجب الضمان هو الغرور
في المعاوضات ومن ادعي حقا مجهولا في دار فانكر
المدعي عليه ذلك فصولح من الحق المجهول علي شي كمائة
درهم مثلا فاقده المدعي فاستحق بعضها اي بعض الدار
فلا رجوع عليه اي المدعي بشي من البدل لجواز ان يكون
دعواه فيما بقي وان قل فاذا لم يبق في يده شي لم يرجع
ولو استحق كلها اي كل الدار التي ادعاها رد المدعي
كل العوض للمستحق لانه اخذه عما لا يملكه فيرده وفهم
منه اي من المذكور صحة الصلح عن المجهول علي معلوم
وفهم منه ايضا عدم اشتراط صحة الدعوي لصحة
الصلح وفي المنح استفيد مما تقدم من الحكم مسايل احدها
ان الصلح عن المجهول جايز لانه لا يفضي الي المنازعة

يعني لو قال اشترني ولم يقل انا عبد او قال انا عبد ولم يقل اشترني يعني لم يامر بالشراء

الثاني ان صحة الصلح لا يتوقف على صحة الدعوى لصحته
عن دعوى تناقض حتى لو برهن لم تقبل الا اذا ادعى اقرار
المدعى عليه فتقيد بالمجهول لا بنزاع على قدر معلوما
كرعبعم لم يرجع مادام في يده ذلك القدر وان بقي اقل
منه رجع بحساب ما استحق والصلح فتصرف الاولى
فقد قصر نه بزولو كان المدعي ادعى كلها اي كل الدار
فصولح على شئ كمائة مثلا ثم استحق شئ منها رد
اي المدعي حصته ما يستحق ولو كان للمستحق بعضا
من الدار لان الصلح على مائة عن كل الدار فاذا
استحق منها شئ تبين ان المدعي لا يملك ذلك فيرد بحسابه
من العوض كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا الالو
ي ولو زائدة لان المعنى لو كان المدعي ادعى كلها فصولح
على الشئ ثم استحق الكل رد المدعي حصته ما يستحق
وليس كذلك بل يرد كل العوض كما مر انفا بل
المراد هنا رد المدعي حصة ما يستحق لو كان المستحق
بعضا تدبر ثم احكام الفضولي بلا فصل فقال ومن باع
فضولي هو نسبة الى الفضول جمع الفضل اي الزيادة
وفي المغرب وقد غلب على ما لا خير فيه فقيل فضولي
بلا فصل ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو
في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطاء
كما في البحر ملك غيره مفعول باع ان تعين محرر مؤخر
لمن ولده اي لما كان بغير امره ينعقد بيعه موقوفا
على اجازة للمالك بالشرائط الاربعة كما في البحر وفيه
نقولهم يشترط بقاء العاقدين اي وله ان يجيزه ان
شاء بشرط بقاء البايع والمشتري اما شرائط بقاء البايع

فلان

البايع فلان حقوق العقد لم يلزمه حال حياته فلا يلزم
بعد وفاته واما بقاء المشتري فلان الثمن لم يلزمه وهو
فكيف لزمه [illegible] لو لزمه بعد وفاته ويشترط
بقاء المعقود عليه اي المبيع والمراد بكون المبيع قايما
ان لا يكون متغيرا بحيث يعد شيئا اخر لان الملك لم
ينتقل اليه بالعقد فلا ينتقل بعد هلاكه وفي البحر
ولو لم يعلم حال المبيع وقت الاجازة من بقائه وعدمه
جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان
الاصل بقاؤه ثم رجع وقال لا يصح ما لم يعلم بقاؤه ويشترط
بقاء المالك الاول لانه بموته يبطل العقد الموقوف فبعد
ذلك لا يفيد اجازة الوارث وانما جاز بيع الفضولي
عندنا لان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى
محله ولا ضرر في انعقاده موقوفا فينعقد وليس فيه
ضرر على المالك لانه مخير فاذا راى المصلحة فيه نفذه
والا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب
المشتري وقرار الثمن ويسقط رجوع حقوق العقد اليه
فيثبت للفضولي القدرة الشرعية احترازا لهذه المنافع
على ان الاذن له ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف
يحصل له به النفع خلافا للشافعي وعنده تصرفات
الفضولي باطلة كلها وقيد الاصل بالاول مستدرك لا
طائل تحته تتبع وكذا شرط بقاء الثمن ان كان الثمن عرضا
لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط
بقاؤه وبهذا يفهم ان الثمن ان كان دينا يحتاج الى
اربعة اشياء وان كان عرضا يحتاج الى خمسة اشياء
فلا وجه بالحصر الى الاربعة كما قيل تدبر واذا اجاز

المالك عند قيام الخمسة المذكورة جاز البيع فالثمن العرض
ملك للفضولي اي ان كان الثمن عرضا كان مملوكا للفضولي
واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما كان
العرض متعينا كان شرا من وجه والشرا لا يتوقف بل
ينفذ على المباشرة ان وجد نفاذا فيكون ملكا له
وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل تاثير اجازته في النقد
لا في العقد وعليه اي يجب على الفضولي مثل المبيع
لو كان مثليا وقيمته لاتحاد البدل له صار مشتريا
لنفسه بمال الغير مستقرضا له في ضمن الشرا فيجب
عليه رده كما في قضى دينه بمال الغير واستقراض غير
المثلي جائز ضمنا وان لم يجز قصدا وغير العرض يعني
ان كان الثمن في بيع الفضولي دينا غير عرض كالدراهم
والدنانير والفلوس والكيلي والوزني بغير عينه ثم
فاجاز المالك البيع حال بقائه جاز البيع والثمن
ملك للمجيز امانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل لا يضمن
بالهلاك في يده سوا هلك بعد الاجازة او قبله
لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وللفضولي
ان يفسخ قبل اجازة المالك دفعا للحقوق عن نفسه
لان حقوق البيع ترجع اليه بخلاف الفضولي في
النكاح حيث لا يكون الفسخ له قبل الاجازة لا ترجع
اليه وصح اعتاق المشتري اسم مفعول او فاعل صلته
من الغاصب اذا اجيز البيع يعني لو غصب عبدا
فباعه ثم اعتقه المشتري من الغاصب ثم اجاز
المولى البيع صح العتق استحسانا اي عتق المشتري عند
الشيخين خلافا لمحمد وزفر وهو رواية عن ابي يوسف

وهو

وهو القياس لانه عتق بدون الملك وجه الاستحسان
ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة
الملك ولا ضرر فيه فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه
وينفذ بنفاذه ولا يصح بيعه اي بيع المشتري من
الغاصب عند اجازة المغصوب منه البيع الاول
لان بالاجازة يثبت للبايع ملك بات فاذا طرا على
ملك موقوف ابطله لاستحالة الملك البات والملك
الموقوف في محل واحد ولو قطعت يده اي يد العبد
الذي باعه الفضولي عند المشتري فاجاز اي اجاز
المالك البيع فارشه اي ارش يد العبد له اي للمشتري
لان الملك ثبت له من وقت الشرا فتبين ان القطع
ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع
كالكسب والولد والعقر قبل الاجازة يكون للمشتري
وكذا الحكم في ارش جميع جراحاته فذكر اليد مثال
وهو لا يخص بها كما لا يخفى وفيه سوال وجواب في المنح
فليطالع ويتصدق المشتري بما زاد من ارش اليد على
نصف ثمنه اي ثمن العبد وجوبا لان فيه شبهة عدم
الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وارش
اليد الواحد في الحر نصف الدية وفي العبد نصف
القيمة والذي دخل فيما هو ما كان بمقابلة ثمن فيما زاد
على نصف الثمن لشبهة عدم الملك فيتصدق به وجوبا
واورد وجوب التصدق بالزايد كما هو ظاهر ما في
الفتح وتقييد بما زاد لا يتصدق بالكل وان كان فيه
شبهة عدم الملك لكونه مضمونا عليه بخلاف ما زاد
وورد في الكافي فقال انه لم يكن مضمونا فيما زاد

رده ما لم يقبض وان كان مقبوضا ففيه شبهة عدم الملك
كما في البحر ومن اشترى عبدا من غير سيده فاقام المشتري
البينة بعد البيع على البائع انه او قبل البيع بان امره
بغير امر مولاه او على الوكيل انه اقر بعد البيع على اقراره
البائع الفضولي او السيد حال اباء العبد لا تقبل
بينة لبطلان دعواه بالتناقض اذ اقدامه على العقد
اعتراف منه بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال
المسلم العاقل مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة
لا تبتنى الا على دعوى صحيحة فلما بطلت الدعوى
لا تقبل كما لو اقام البائع البينة انه باع بلا امره او برهن
على اقرار المشتري بذلك فانها لا تقبل ولو اقر البائع
الفضولي بذلك اي بعدم امر رب العبد عند القاضي
قلنا اي للمشتري اثره ان طلب المشتري ذلك لان
التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشتري ان
يساعده فيتفقان فينتقض في حقهما وهو المراد
ببطلان البيع في عبارته لا في حق رب العبد ان كذبهما
وادعى انه كان امره فاذا لم ينفسخ في حقه يطالب
البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له مطالبة
المشتري لبراءته بالتصادق وعند ابي يوسف له
ان يطالبه فاذا ادى رجع به على البائع بناء على ابراء
الوكيل وقامه في الثمن فلا يراجع ولو اشترى دارا من
فضولي وادخلها المشتري في بنائه فلا ضمان على
الفضولي عند الامام وهو قول ابي يوسف اخرا
خلافا لمحمد وهو قول ابي يوسف اولا وفي البحر يعني
اذا اقر البائع بالغصب وانكر المشتري لان اقراره

لا يصدق

لا يصدق على المشتري فلا بد من اقامة البينة الا ان في
عقد البائع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا يعلم
ان قوله وادخلها المشتري في بنائه اتفاقي واما ذكره
ليعلم حكم غيره بالاولى واراد بالبناء العرصة بقرينة
ادخلها في بنائه باب السلم لما كان من
انواع البيوع ولكن شرط فيه القبض كالصرف اخرها
وقدمه على الصرف لان الشرط في الصرف قبضهما وفي
السلم قبض احدهما فهو بمنزلة [illegible] من المركب وهو في
اللغة عبارة عن نوع بيع يعجل فيه الثمن وقيل في اصطلاح
الفقهاء هو اخذ عاجل باجل تعريف وفي البحر نقلا عن
الفتح ليس بصحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل
فعرفه اولا بيع اجل بعاجل والظاهر ان قولهم
اخذ عاجل باجل تعريف من النساخ الجهلة فاستمر
النقل على هذا التعريف انتهى وعن هذا قال هو بيع
اجل بعاجل لكن يجوز ان يقال المراد اخذ ثمن عاجل
باجل بقرينة المعنى اللغوي اذ الاصل عدم التغيير
الا ان يثبت بدليل كما قاله بعض الفضلاء وفي الدرر
وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى اذا تداينتم
بدين الاية فانها تشمل السلم والبيع بثمن مؤجل
وتاجيله بعد الحلول والسنة وهو قوله عليه السلام
من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم
الى اجل معلوم والاجماع وكان اباه القياس لانه بيع
معدوم الى اجل معلوم والاجماع لكنه ترك لما ذكر
ولم يستند لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع
ما ليس عند الانسان ورخص في السلم [illegible]

ابن العز الحنفي قال في حواشي الهداية هذا اللفظ هكذا لم
يروه أحد من الصحابة في كتب الحديث فكأنه من كلام
واحد من الفقهاء انتهى ويصح السلم فيما أمكن ضبط صفته
أي جودته ورداءته ونحو ذلك ومعرفة قدره أي مقداره
أعم من الكيل والوزن والذرع لأنه لا يفضي إلى المنازعة
وفي لا يصح السلم في العنب القلاي في وقت كونه حصرما لا
يصح والسلم في التفاح الشامي قبل الإدراك يصح لأنه
يحصل حالا في غيره أي وما لا يمكن ضبط صفته ومعرفة
قدره لا يصح السلم فيه لأنه يفضي إلى المنازعة وهذه
قاعدة كلية يبتنى عليها كثير مسائل السلم فشرع
المص في ذكر بعضها لتعرف ما فيها بالتأمل فيها فقال
مفرعا عليها فيصح السلم كما في العز أيد لكن لما كان لم
شرع في تبيين المسائل بالفاء قال أي فإذا ان تكون
تفصيلية تدبر في المكيل كالبر والشعير والموزون كالعسل
والزيت سوى النقدين من الدراهم والدنانير لأنهما
موزونة ولكنهما غير مثمنين فلا يجوز السلم فيهما ويصح
في العددي المتقارب وهو ما لا يتفاوت آحاده
كالجوز والبيض عددا وكيلا لأنه معلوم مضبوط
مقدور التسليم وما فيه من التفاوت مهدر عرفا
ولا خلاف في جوازه عددا وإنما الخلاف فيه كيلا
فعندنا يجوز ومنعه زفر كيلا وعنه منعه عددا أيضا
للتفاوت وإنما جاز كيلا عندنا لوجود الضبط فيه
قيد بالمتقارب ومنه الكمثرى والمشمش والتين
لأن العددي المتفاوت لا يجوز السلم فيه وهو ما تفاوت
ماليته متفاوتة كالبطيخ والقرع والرمان والسفرجل
وغيرها

وغيرها فلا يجوز السلم في شيء منها عددا للتفاوت إلا إذا
ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ وعلى ذكرهما في البحر
وغيره لكن في شرح المجمع وذكر في المختلف يجوز السلم
في الجوز والبيض عددا أو كيلا ووزنا وقال زفر يجوز
كيلا ووزنا ولذا ذكر في المبسوط وفي فتاوى الأقطسي
اجمعوا على أن السلم يجوز في الجوز كيلا وفي البيض
وزنا انتهى فعلى هذا الظاهر مخالفة ما في البحر وغيره
من أنه منعه زفر كيلا تدبر وكذا الفلوس أي يصح السلم
فيها عددا لأن الثمنية فيها ليست خلقية وإنما الجواز
فيها بالاصطلاح فللمتعاقدين إبطالها خلافا لمحمد لأنها
أثمان وفي البحر وظاهر الرواية عن الكل وإذا بطلت ثمنيتها
لا تخرج عن العددي إلى الوزني للعرف إلا أن يهدره
أهل العرف كما هو في زماننا وقد كانت قبل هذه
الأعصار عددية في ديارنا أيضا انتهى فعلى أن يكون
اختيار المص عن الظاهر فلهذا قال بطلا فالمجتهد لكن
الأولى أن يقول وعن محمد تدبر وفي اللبن بفتح اللام
وكسر الباء وهو الطوب النيء وشرط في الخلاصة ذكر
المكان الذي يعمل فيه اللبن والآجر بضم الجيم وتشديد
الراء معرب للبن إذا طبخ إذا سمي ملبن بكسر الميم
وفتح الباء قالبهما معلوم لأن التفاوت حينئذ يكون أقل
ويصح السلم في المذروع كالثوب إن بين طوله وعرضه
ورقعته أي غلظه ورقته وفي المنح وصفته أي من قطن
أو كتان أو مركب منهما وهو الملحم أو حرير ونحو ذلك
وصنعته كعمل الشام أو الروم لأنه يصير معلوما بذكر
هذه الأشياء فلا يؤدي إلى النزاع قيل هنا كان غير

الجواز
فإن الفلوس أثمان في زماننا ولا تقبل
الأوزانا فلا يجوز السلم فيها إلا وزنا
في ديارنا في زماننا
هذا

المريا ذ لو كان حريرا لا تبدا يضا متهيات وزنه ويصح في
السمك المليح اي القديد بالملح عددا وزنا ونوعا معلوما من
لانه لا ينقطع وهو معلوم يمكن ضبط ببيان قدره ~
بالوزن وبيان نوعه وكذا الطري في حينه فقط اي يصح
في سمك طري حين يوجد غير مقيد بوقت دون وقت
حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وزنا ونوعا ولا
يجوز السلم فيهما اي المليح والطري عددا للتفاوت احاده
بالكبر والصغر وعن الامام ان السمك لا يصح لا طريا ولا مليحا
لانه لحم فصار كالسلم في اللحم وفي الايضاح والصحيح من
المذهب ان السمك الصغار يجوز فيه كيلا ووزنا وفي
الكبار روايتان ولا يصح السلم في الحيوان طايرا وغيره
لتفاوت احاده خلافا للشافعي اذ عنده يجوز اذا
كان موصوفا لامكان الضبط بمعرفة النوع واللون
والوصف والسن واطرافه كالروس والاكارع ولا في
جلوده عددا لكون التفاوت في الصغر والكبر وعند
مالك يجوز في الروس والجلود عددا للتفاوت اليسير
وفي العناية ولا يتوهم انه يجوز وزنا لعليه عددا لان
معناه انه عددي بحيث لم يجز وزنا بالطريق الاولى
لانه لا يوزن عددا وفي الذخيرة ان بين للجلود ضربا لم يجز عددا
معلوما يجوز لانتفا المنازعة ولا يصح في الحطب حزما
ولا الرطبة جرزا لان هذا مجهول لا يعرف طوله ~
وغلظه حتى اذا عرف ذلك بان بين الحبل الذي يشد
به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث
لا يودي الى النزاع جاز ولو قدرا بالوزن في الكل صح
كما في الفتح ولا يصح في الجوهر والخرز بالتحريك الذي

ينظم

ينظم لتفاوت احاده الا صغار اللولو لو كانت تباع وزنا
فيجوز السلم فيها وزنا لان الصغار انما يعلم به ولا يصح
في اللحم طريا عند الامام وقالا يصح اذا وصف موضع
معلوم منه بصفة معلومة وفي البحر وقالا يجوز اذا
بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره
لانه موزون مضبوط الوصف كالالية والشحم
بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع منه
وله انه يختلف باختلاف كبر العظم وصغره فيودي
الى المنازعة وفي منزوع العظم روايتان والاصح
عدمه ولذا اطلقه في الكتاب وفي الحقايق والعيون
الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف
بينهم وقد قيل الخلاف فمنع الامام فيما اذا [redacted] ت اطلقا
السلم في اللحم وقولهما فيما اذا بينا واذا حكم الحاكم
بجوازه صح اتفاقا ولا يجوز السلم بكيل او ذراع
معين لا يدرى قدره اي قدر ذلك الصاع او الذراع
لاحتمال الضياع فيقع النزاع بخلاف البيع به
حالا فقيد بكونه لم يدر قدره لانهما لو كانا معلومي
القدار جاز ولا يجوز في طعام قرية او ثمر نخلة
معينة اذ ربما تعرضهما افة فلا يمكن التسليم وقيد
بقرية لانه لو اسلم في طعام ولاية يجوز لان وقوع
الافة لطعام كل الولاية نادر وهذا اذا نسب الى
قرية ليؤدي من طعامها واما اذا نسب اليها لبيان
وصف الطعام فالسلم جايز كما في شرح المجمع ولا
يجوز فيما لا يبقى في الاسواق والبيوت من حين
العقد الى حين المحل بكسر الحاء المهملة مصدر قولهم

حل الدين الى حين حلول الاجل لو كان منقطعا عند
العقد موجودا عند المحل او بالعكس او منقطعا فيما
بين ذلك لا يجوز لقوله عليه السلام لا تسلفوا في
الاثمار حتى يبدو صلاحها ولاحتمال موت المسلم
اليه بعد العقد قبل ان يبلغ المحل اذ يحل الاجل
ويلزم التسليم والاتصال في هذا العقد ملحق بالحقيقة
خلافا للشافعي اذ عنده يجوز ان وجد وقت الحلول ان
فلا يلزم الاستمرار وشرطه اي شرط جواز السلم
بتسعة اشيا ذكر المصنف ثمانية الاول بيان الجنس
كبر او شعير والثاني بيان النوع كسقية بضم
اي بما جاريا السين وتشديد اليا اي مسقية وهي التي تسقى سيحا
او بخسية بفتح البا الموحدة وسكون الخا المعجمة
وهي ما تسقى بالمطر نسبة الى البخس لانها مبخوسة
الحظ من الما بالنسبة الى السيح غالبا والثالث
بيان الصفة كجيد او ردي والرابع بيان القدر
نحو كذا رطلا او كيلا بما لا ينقبض ولا ينبسط فلا
يجعل مثل الزنبيل كيلا لاحتمال الزيادة والنقصان
ويجعل مثل قربة الما كيلا عند ابي يوسف للتعامل
والخامس بيان اجل معلوم اذ السلم لا يجوز الا
موجلا عندنا وعند الشافعي الاجل ليس بشرط
لانه عليه السلام رخص فيه مطلقا ولنا قوله
عليه السلام في اخر الحديث الى اجل معلوم لانه شرع
رخصة للفقرا فلا بد من مدة ليقدر على التحصيل
والتتميم والايصال والتسليم واقله اي اقل الاجل
في السلم شهر في الاصح روي ذلك عن محمد رحه عليه

الفتوى

كراس 9

81

81

الفتوى لان ما دونه عاجل والشهر وما فوقه اجل
بدليل مسئلة اليمين حلف ليقضين دينه عاجلا
فقضاه قبل تمام الشهر بر وقيل ثلاثة ايام وقيل
عشرة ايام وقيل اكثر من نصف يوم وقيد الصدر الشهيد
والصحيح ما رواه الكرخي انه مقدر بما يمكن فيه تحصيل
المسلم فيه وفي الفتح وهو جدير ان لا يصح لانه لا ضابط
يتحقق فيه وكذا ما من رواية اخرى عن الكرخي انه ينظر
الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تاجيل
مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار
المعين من الزمان انتهى وفي البحر هو جدير بان يصح
ويعول عليه فقط لان من الاشيا ما لا يمكن تحصيله
في شهر فيودي هذا التقدير به الى عدم حصول
المقصود من الاجل وهو القدرة على تحصيله انتهى
هذا مسلم ان كان التقدير مخصوصا بالشهر لا بالزيادة
فليس كذلك لان ما نحن فيه اقل بيان الاجل لا
اكثره حتى يرد عليه قوله ان من الاشيا ما لا يمكن
تحصيله الى اخره لانه ان حصل في الشهر فبها وان
لم يحصل فيه واتفقا على زيادة عليه جاز بلا مانع
كما مر والسادس بيان قدر راس المال ان كان
كيليا او وزنيا او عدديا اي وشرط بيان قدر
راس المال ان كان العقد يتعلق على مقداره
وان كان مشارا اليه عند الامام فلا يجوز في جنسين
بلا بيان راس مال كل منهما يعني اذا اسلم مائتي
درهم في كر بر وكر شعير ولم يبين راس مال كل منهما
لا يصح عنده لان اعلام قدر راس المال

9

شرط تقسيم المائة على البر والشعير باعتبار القيمة
وهي تعرف بالظن فتكون مجهولة حتى لو كان من
جنس واحد يصح لان راس المال ينقسم عليهما على
السواء ولا يجوز السلم بنقدين بلا بيان حصة
كل منهما من المسلم فيه كما في الوقاية يعني اذا اسلم
عشرة دراهم وعشرة دنانير في عشرة اقفزة بر
لم يجز عنده لان الدراهم والدنانير المذكورة اذا لم
تعلم وزنا يلزم عدم بيان حصة كل منهما من المسلم
فيه وكذا اذا علم وزن واحدهما دون
الاخر حيث يلزم بطلان العقد في حصة ما لم
يعلم ويبطل في حصة الاخر لجهالة وكون الصفقة
واحدة واعترض بان هذا التصوير انما يستقيم
على عبارة الهداية وغيرها حيث قالوا واسلم
جنسين ولم يبين مقدار احدهما فعلى هذا
يكون غير المبين راس المال واما في عبارة
الوقاية فيكون الظاهر اي غير المبين هو حصة
راس المال من المسلم فيه وبينهما مخالفة ظاهرة
انتهى واجاب بعض الفضلاء والحق انه لا مخالفة
لان بيان الحصة من المسلم فيه راس المال كما
لا يخفي على المتامل والشايع بيان مكان ايفائه اي ايفاء
المسلم فيه ان كان له حمل بفتح الحا وسكون الميم
ومونة كالحنطة وقيل ما لا يحمل الي مجلس القضاء
مجانا وقيل ما لا يمكن رفعه بيد واحدة هذا عند
الامام وعندهما لا يشترط معرفة قدر راس المال
اذا كان معينا لانه صار معلوما بالاشارة

كما في

كما في الثمن والاجرة وله ان جهالة قدر راس المال
قد يفضي الي جهالة المسلم فيه بان ينفق بعضه
ثم يجد باقيا في عيبا فيرده ولا يتفق له الاستبدال
في مجلس العقد فينفسخ العقد في المردود ويبقي
في غيره ولا يدري قدره فيفضي الي جهالة المسلم
فيه فيجب التحرز عن مثله والموهوم في هذا العقد
كالمتحقق لشرعه مع المنافي وفي البحر والاولي ان
يستدل للامام بانه ربما لا يقدر على المسلم فيه فيحتاج
الي رد راس المال فيجب ان يكون معلوما واما ما
ذكروه فيدفع بما قدمناه من ان الانتقاد شرط بخلاف
ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع وصف لا يتعلق
العقد على مقداره ولا يشترط بيان مكان الايفاء
ويوفيه في مكان عقده عندهما اي عندهما لان التسليم وجب
بالعقد فتعين مكانه له ولانه لا يزاحمه مكان
اخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في
الاوامر وصار كالقرض والغصب وللامام ان التسليم
غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض
والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الي
المنازعة لان قيم الاشيا تختلف باختلاف المكان
فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا
قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده
يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان
تعيين المكان قضية العقد عندهما كما في الهداية
ومثله اي مثل المسلم فيه في الخلاف في اشتراط تعيين
مكان الايفا الثمن المؤجل الذي لحمله مونة كما اذا

فيه

باع ثوبا بعد حنطة موجلة فانه يشترط بيان مكان
ايفا الحنطة عنده في الصحيح وعندهما يتعين
للايفا مكان في الثمن وقيل لا يشترط في الكل والاجرة
كما لو استاجر دارا او دابة بمد مكيل او موزون
موصوف بالذمة فانه يشترط بيان مكان
الايفا عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة الدار
موضع الدار للايفا وموضع تسليم الدابة في
اجارة الدابة والقسمة بان اقتسما دارا وجعلا
مع نصيب احدهما شيا له حمل ومونة فعنده
يشترط بيان مكان الايفا وعندهما يتعين
مكان العقد وما لا حمل له لا مونة كالمسك
والكافور ونحوهما يوفيه حيث شا في الاصح
اتفاقا قال صاحب الهداية وما لم يكن له حمل
ومونة لا يحتاج فيه الى بيان الايفا بالاجماع
لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي
اسلم فيه وهذه رواية الجامع الصغير وفي البيوع
وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شا وهو
الاصح لان الاماكن كلها سوا ولا وجوب في الحال
ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل
يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق
انتهى فعلى هذا قول المص في الاصح احترازا
عن رواية الجامع الصغير وقوله اتفاقا قاصر
لعدم الاحتياج الى بيان الايفا وتعينه اذا لم
يكن له حمل ومونة فلا وجه لما قيل من ان
قوله المص يوفيه حيث شا في الاصح وان ذكر

بعضهم

بعضهم انه مختلف فيه وليس الامر كذلك تدبر وقيل
هذا اذا امكن الايفا في موضع العقد اذ لو كان
العقد في لجة البحر او قلة الجبال يوفيه في اقرب
الاماكن من مكان العقد وفي التنوير شرط الايفا
في مدينة فكل محلها سوا في الايفا حتى لو اوفاه
في محلة منها بري والتا من قبض راس المال ولو
عينا نقدا بالتخلية قبل التفرق اي قبل تفرق
العاقدين بالبدن لان السلم اخذ اجل بعاجل
وذلك بالقبض قبل الافتراق فلا يضر القبض بعد
مشيهما فرسخا او اكثر او نومهما والافتراق بتوارى
احدهما عن عين صاحبه حتى لو دخل رب السلم بيته
لاخراج الدراهم ولم يغب عن عين صاحبه لا يكون
افتراقا مشترط بقايه اي بقا العقد على الصحة لا
شرط انعقاده فينعقد صحيحا ثم يفسد
بالافتراق بلا قبض فلو ابى المسلم اليه من قبضه
في المجلس اجبر عليه وفيه اشارة الى ان شرط
الخيار مفسد للسلم لانه يمنع تمام القبض والشرط
التاسع الذي لم يذكره المص هو القدرة على تحصيل
المسلم فيه وزاد صاحب البحر ستة اخر فليطالع
فلو تفرع على قوله وقبض راس المال احسن تفصيل
الى اخر ما بيع نقدا او ما به دينا على المسلم اليه فيكون
بطل السلم في حصة الدين فقط سوا كان العقد
مطلقا بان قال اسلمت اليك مائتي درهم في كر حنطة
ثم جعلا مائة منها راس المال عوضا عن الدين او مقيدا
بان اسلمت اليك مائة في ذمتك وسلما ضعيف

وسوا أضيف الى دراهم بعينها أولا وذلك لفقدان القبض
وانما قال دينا على المسلم اليه لانه لو كان الدين على
الاجنبي فهو غير صحيح في حق الكل حتى لو نقد الكل من
ماله في المجلس ثم تفرقا جاز استحسانا اذا كان ~
الدين على المسلم اليه فانه بالنقد في المجلس ينقلب
الى الجواز وعنده ثم فرق السلم باطل في الكل لسريان الفساد
ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل قبضه
اي قبل قبض المسلم اليه رأس المال وقبل قبض رب
السلم للمسلم فيه بشركة وتولية لان المسلم فيه
مبيع والتصرف فيه قبل القبض ففي التولية تمليكه
بعوض فلا يجوز وصورة الشركة فيه ان يقول رب
السلم لاخر اعطني نصف رأس المال ليكون نصف
المسلم فيه لك وصورة التولية ان يقول
اعطني مثل ما اعطيت المسلم اليه حتى يكون المسلم فيه
لك وانما خصهما بالذكر لانهما اكثر وقوعا من غيرهما
ولا يجوز لرب السلم شراء شيء من المسلم اليه برأس
المال بعد التقايل في عقد السلم الصحيح بعد وقوعه
قبل قبضه بحكم الاقالة استحسانا لقوله عليه السلام
لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اي لا تأخذ الا ما اسلمت
فيه حال قيام العقد او رأس مالك بعده لانفساخ
فتركنا القياس معمولا به لان النبي عليه السلام جعل حق
رب السلم اخذ المسلم فيه قبل الاقالة واخذ رأس
المال بعدها ثم لا يجوز الاستبدال قبل الاقالة
واخذ رأس المال ثم لا يجوز الاقالة سببا له قبل
الاقالة بالمسلم فيه لئلا يصير قابضا حقه فكذا بعدها

برأس

لا يجوز ورأس المال شبيه بالمبيع فلا يجوز التصرف قبل القبض صح

برأس المال وعند زفر وهو قول الائمة الثلاثة
يجوز استبدال رب السلم به شيئا من المسلم اليه
قياسا باعتبار سائر الديون ولو اشترى المسلم اليه
كرا وأمر رب السلم بقبضه اي بقبض الكر الذي ~
اشتراه ولم يقبضه من البايع قضا اي لاجل القضا عليه
من الكر المسلم فيه لم يصح لانه اجتمعت صفقتان السلم
وهذا الشرا فلا بد ان يجري فيه الكيلان ولو أمر مقرض
بذلك صح يعني لو كان الكر قرضا لا سلما فاشترى ~
المستقرض كرا من غيره وامر المقرض بقبضه قضا لحقه
فانه يصح وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة فكان ~
المقبوض عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالا وكذا لو أمر
المسلم اليه رب سلم بقبضه اي بقبض الكر منه له اي لاجل
المسلم ثم اكتاله لنفسه صح الكيلين فلو اكتال المسلم اليه
في ظرف رب السلم بامره اي بامر رب السلم فهو والحال
انه غايب لا يكون قبضا لان في السلم لم يصح امر رب السلم
بالكيل لان حقه في الدين لا في العين فامره لا يصادف ملكه
فالمسلم اليه جعل ملكه في ظرف استعاره من رب السلم
فيه بغيبته ولو كان حاضرا وكال المسلم اليه بحضرته وخلى بينه
وبين الطعام يصير قابضا لان التخلية تسليم ولو اكتال البايع
كذلك يعني لو اشترى من اخر طعاما ودفع المشتري الى
البايع ظرفها وامره ان يكيله ويجعله في الظرف ففعل البايع
والمشتري غايب كان قابضا لانه كان ملكا للعين بالشراء
فامره صادف ملكه فيكون قابضا بوضعه في ظرفه وكان
البايع وكيلا في امساك الظرف فجعل في يد المشتري حكما لانه
الوكيل في القبض كالموكل بخلاف ما لو اكتال البايع في ظرف

فاكتال رب الاجل المسلم اليه ثم لنفسه صح لاجتماع ع ع

نفسه لان المشتري صار مستعيرا لظرفه ولم يقبضه فلم تصح
العارية لانها تبرع فلا يتم بلا قبض فلا يصير الواقع فيه
واقعا من يد المشتري او اكتاله في ناحية بيته اي بيت
البايع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري
قابضا ولو اكتال العين والدين في ظرف المشتري بان
اشترى رجل من اخر كرا بعينه السلم دكرا جعله المسلم
معينا بالبيع عند حلول اجل السلم ثم امر المشتري البايع
بان يجعل الكرين في ظرف المشتري ان بدا البايع هو المسلم
اليه بالعين كان المشتري هو رب السلم قابضا لهما اما في
العين فلصحة الامر فيه واما في الدين فلا تصالهم بملك
المشتري كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه
وكمن دفع الي صايغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينا
وان بدا البايع بالدين فلا يكون قابضا لهما عند
الامام واما في الدين فلعدم صحة الامر فيه واما في العين
فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عنده
فينتقض البيع مع ان الخلط غير مرضي به من جهة
الامر لجواز ان يكون مراده بالبداية بالعين فلم يتحقق
رضاه حتى يكون شريكا له وعندهما قبض العين
فان شاء رضي بالشركة في المجهود وان شاء فسخ البيع لان
الخلط ليس باستهلاك عندهما كما في الهداية وحصته
قاضيخان بقول محمد اما عند ابي يوسف اذا بداها
لدين يصير قابضا لهما كما لو بدا بالعين ضرورة اتصاله
كما بملكه في الصورتين اذ الخلط ليس باستهلاك وقال
محمد يصير قابضا العين دون الدين فيشتركان فيه
ولم يبرا عن الدين وكذا لو استقرض رجل كرا ودفع
اليه

اليه غرايره ليكيله فيها ففعل وهو غايب لم يكن قابضا
كما في المنح ومن اسلم امة في كر من بر مثلا اي جعل امة
راس المال في اشترا كر بعقد السلم وقبضت الامة اي
قبضها المسلم اليه ثم تقايلا عقد السلم فماتت اي ثم
ماتت الامة في يد المسلم اليه قبل ردها اي الامة الي رب
السلم بقي التقايل على حاله ولم يبطل بهلاكها ويجب على
المسلم اليه قيمتها اي الامة يوم قبضها اي الامة ولو ماتت
الامة قبل الاقالة ثم تقايلا صح التقايل اي الاقالة
بعد موتها ويجب على المسلم اليه قيمتها يوم القبض لان
شرط الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه
فهو المسلم فيه وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد هلاكها فاذا
انفسخ العقد وجب عليه ردها وقد عجز بموتها فيجب عليه
قيمتها كما لو تقايضا ثم تقايلا بعد هلاك احدهما او هلك
احدهما بعد الاقالة وانما اعتبر بعد يوم القبض لانه سبب
الضمان كالغصب وكذا المقايضة وهي المبادلة بسلعة في
الوجهين هو الموت بعد التقايل والتقايل بعد الموت
لان كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه فبقي البيع في
بقيت المبيعة وفي الهلاك المبيعة بخلاف الشرا بالثمن
فانه اي اذا اشترى امة بالدراهم ثم تقايلا فماتت في يد
المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة
باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الامة ولا
يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا
يبقى انتهاء لانعدام محلها كما في الهداية وفي المتوير تقايل
البيع في عبد فابق من يد المشتري فان لم يقدر المشتري
على تسليمه الاقالة والبيع بحاله ولو ادعى احد عاقدي

السلم بيان الاجل او ادعى اشتراط الرداءة وانكر الاخر
يعني لو قال احدهما شرطنا التاجيل وقال الاخر لم
نشترط شيا او قال احدهما شرطنا طعاما رديا وقال
الاخر لم نشترط فالقول لمدعيهما اي لمدعي الاجل والرداءة
مطلقا سوا كان مدعيهما رب السلم او المسلم اليه عند الامام لان
المدعي يدعي الصحة فكان القول له وان انكر خصمه اذ
الظاهر شاهد له لان العقد الفاسد معصية والظاهر من
حال المسلم التحرز عنه وقالا للمنكر ان كان المنكر رب
السلم في الصورة الاولى اي القول لرب السلم عندهما
اذا ادعى المسلم اليه التاجيل لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل
او كان المنكر المسلم اليه في الصورة الثانية وهي الرداءة
لانه منكر والاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه
بالاتفاق وان خرج خصومة بان يخرج ينكر ما ينفعه
مع اتفاقهما على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده
وعندهما القول للمنكر سوا انكر الصحة او غيرها وفي
التنوير ولو اختلفا في مقداره فالقول للطالب مع
يمينه واي برهن قبل وان برهنا قضي ببينة المطلوب
وان اختلفا في مضيه فالقول للمطلوب لانكاره
توجه المطالبة وان برهنا قضي ببينة المطلوب والاستصناع
لغة طلب العمل مستعملا في مفعوليه وشرعا بيع
ما يصنعه عينا فيطلب فيه من الصانع العمل والعين
جميعا فلو كان العين من المستصنع كان اجارة لا
استصناعا وكيفيته ان يقول لصانع كخفاف
مثلا اصنع لي من مالك خفا من هذا الجنس بصفة
الصفة بكذا درهما باجل معلوم كان يقول شهر

مثلا ينبغي فيه شرايطه فيصح فيما امكن ضبط صفته
وقدره تعورف الاستصناع فيه او لا عند الامام
لان السلم باجل ثابت بالكتاب والسنة والاجماع مطلقا
والاستصناع بالاجل عن عرفهم فلا يحمل عليه وعندهما
ان ضرب الاجل فيما تعورف فهو استصناع لان اللفظ
حقيقة فيه فيحفظ على مقتضاه وان ضرب فيما لا يتعارف
فيه فهو سلم لتعذر جعله استصناعا فيحمل الاجل فيما فيه
تعامل على الاستعجال هذا اذا كانت المدة على سبيل
الاستمهال اما اذا كانت على سبيل الاستعجال بان
يستصنع على انه يفرغ عنه غدا او بعد غد لا يصير سلما
بالاجماع وحكي عن الهندواني انه ان ذكر المستصنع فليس
بسلم وان ذكره الصانع فسلم وقيل ان ذكر ادنى مدة تمكن
من العمل فاستصناع وان كان اكثر فسلم يراعى شرايطه
والاستصناع بلا اجل معلوم يصح استحسانا فيما تعورف
فيه كخف وطست وقمقمة وغير ذلك من الاواني وهو
بيع والقياس ان لا يجوز لانه بيع المعدوم وبه قال زفر
والايمة الثلاثة ووجه الاستحسان ان المستصنع فيه
المعدوم يجعل موجودا حكما كالطهارة المعذور فترك بمنزلة
الاجماع للتعامل من زمن النبي عليه السلام الى يومنا
هذا وهو اقوى الحجج وقد استصنع رسول الله خاتما
ومنبرا فصار كدخول الحمام باجر فانه جاز استحسانا للتعامل
وابى القياس جوازه لان مقدار المكث وما يصب من
الما مجهول وكذا لو قال للسقاء اعطني شربة ماء بفلس او
احتجم باجر لا عدة كما ذهب اليه الحاكم الشهيد قايلا
اذا انكروا عنه ينعقد بالتعاطي وكذا يثبت للخيار

لكل واحد منهما لكن الصحيح من المذهب جوازه بيعا
لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان
في المواعدة وفرع على كونه بيعا بقوله فيجبر الصانع
على عمله ولو كان عدة لم يجبر ولا يرجع المستصنع
عنه ولو كان عدة لجاز رجوعه والمبيع هو العين
لا عمله اي عمل الصانع وقال البردعي عمله نظرا الى ان
الاستصناع مشتق من الصنع وهو العمل والاول
اصح لان المقصود هو العين وذكر الصنعة لبيان
الوصف والاحسن ان يكون المبيع هو العين لانه
معطوف على ما بعد الفاء لا العمل الفرع وفرع على كونه
العين بقوله فلو اتى الصانع بما صنعه قبل العقد عنه
او بما صنعه هو قبل العقد فاخذه المستصنع العين
صح ولو كان المبيع عمله لما صح بيعه ولا يتعين المستصنع
بفتح النون للمستصنع بكسر النون بلا اختياره برضاه
فيصح بيع الصانع له اي للمستصنع بفتح النون قبل
رؤيته ولو تعين له لما صح بيعه وله اخذه وتركه اي
للمستصنع بكسر النون بعد الرؤية بالخيار ان شا اخذه
وان شا تركه ولا خيار للصانع فيجبر على العمل وعن الامام
ان له الخيار دفعا للضرر عنه والصحيح الاول وعن ابي
يوسف انه لا خيار لواحد منهما ولا يصح الاستصناع بلا
اجل فيما لم يتعارف هو فيه كالثوب يعني لو امر حائكا
ان ينسج له شيئا بالغزل من عنده بدراهم لم يجر فيه
التعامل فيبقى على اصل القياس الا اذا شرط فيه
الاجل وبين شرائط السلم فيجوز بطريق السلم
وفي البحر دفع مصحفا الى مذهب ليذهبه بذهب من
عنده

عنده واراه الذهب انموذجا من الاعشار والاخماس
ورؤوس الاي واوايل السور فامره بان يذهب المصحف ان
يذهبه كذلك باجرة معلومة لا يصح وفي الخانية رجل
استصنع رجلا في شيء ثم اختلفا في المصنوع فقال
المستصنع لم تعمل ما امرتك وقال الصانع فعلت قالوا
لا يمين فيه لاحدهما على الآخر ولو ادعى الصانع على رجل
انك استصنعت الي في كذا وكذا وانكر المدعى عليه لا يحلف
مسايل شتى خبر مبتدا محذوف اي هذه مسايل شتى
جمع شتيت وغيرها في الهداية بمسايل منثورة وعبر
في التنوير بالمتفرقات والمعنى واحد وحاصلها ان
المسايل التي تشذ عن الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها
اذا استدركت سميت بها متفرقات من ابوابها او منثورة
على ابوابها يصح بيع الكلب والفهد وسائر السباع علمت
الكلب والفهد والسباع او لا عندنا لحصول الانتفاع
بهم حراسة او اصطيادا وعن ابي يوسف لا يصح بيع الكلب
العقور الذي لا يقبل التعلم وقال هذا هو الصحيح
من المذهب وهكذا نقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم
ويصاد به انه يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم
والاصطياد به لا يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم
والاصطياد به لا يجوز والفهد والبازي يقبلان
التعلم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى واجيب انه ينتفع
بجلده لانه يطهر بالدباغ ويكون المتلف ضامنا لان النبي
عليه السلام قضى في كلب باربعين درهما من غير تخصيص
بنوع وقال الشافعي لا يصح بيع الكلب مطلقا وهو قول
احمد وبعض اصحاب مالك واما اقتناء الكلب للصيد

لانه لا ينتفع به
فصار كالهوام
المؤذية وذكر
في المبسوط انه لا يجوز
بيع الكلب العقور

لو حفظ الزرع او المواشي فيجوز بالاجماع كما في الشمني واختلف
الرواية عن الامام في القرد ذكره عند ابي يوسف وجاز
عند محمد والفيل كالهرة في جواز بيعه وفي البزازية
وشرا السباع جائز لا وبيع الفيل جائز وفي التجنيس
ان المختار للفتوى جواز بيع لحم المذبوح من السباع
وكذا الكلب والحمار لانه طاهر وينتفع به في اطعام
سنوره بخلاف الخنزير لانه نجس العين وفي التخصيص
اشعار بعدم جواز بيع هوام الارض كالحية والعقرب
ودواب البحر غير السمك كالضفدع والسرطان لان جواز
البيع يدور مع حل الانتفاع فحرمة الانتفاع بها وقال
بعضهم ان بيع الحية يجوز اذا انتفع بها للادوية ولا
يخفى ان هذه المسئلة مستدركة بما مر في البيع
الفاسد كما في القهستاني لكن في البحر وبيع غير السمك
من دواب البحر ان كان له ثمن كالسقنقور وجلود الخز ونحوها
يجوز والا فلا والذمي في البيع كالمسلم لانه مكلف بمثل هذه
الاحكام كالمسلم بمعنى انه ما يحل لنا يحل لهم وان ما يحرم علينا
يحرم عليهم في العقود لقوله عليه السلام فاعلمهم ان لهم
ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين بعد ادا الجزية الا
في بيع الخمر فانها في حقنا كالخل في حق الذمي
حقنا والا في الخنزير فانه في حقه كالشاة في حقنا
وفي البحر لا يمنعون من بيع الخمر والخنزير اما على قول
بعض مشايخنا فانه يباح الانتفاع به شرعا لهم فكانا
مالا في حقهم وعند البعض حرمتها ثابتة على العموم في
حق المسلم والكافر لان الكفار مخاطبون بالشرايع في
المحرمات وهو الصحيح من مذهب اصحابنا فكانت الحرمة

ثابتة

وشراء السباع جايز

ثابتة في حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعها لانهم لا يعتقدون
حرمتها ويتمولونها وقد امرنا بتركهم وما يدينون ومن زوج
مشتريته لا من قبل قبضها جاز لثبوت الولاية عليه بالشرا
لانه سبب الملك فيحصل التصرف بالتزويج في المبيع
المنقول قبل القبض كالاعتاق والتدبير في عدم
الانفساخ بخلاف التصرف بمثل البيع قبل القبض اذ هو
ينفسخ بهلاك المبيع قبل قبضه فان وطيت اي ان وطئها
زوجها كان المشتري قابضا لها لان وطي الزوج حصل
بتسليط المشتري فصار منسوبا اليه كأن فعله بنفسه
والا اي وان لم يطاها الزوج فلا يكون قابضا اذ بمجرد
التزويج لا يتحقق القبض والقياس ان يتحقق وهو
رواية عن ابي يوسف لانه تعيب حكمي فيعتبر بالتعييب
الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل
وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا وفي التنوير فلو
انتقض البيع بطل النكاح في المختار ومن اشترى شيئا
ثم غاب المشتري قبل قبض المبيع ونقد الثمن غيبة
معروفة بان علم مكانه فاقام بايعه بينة انه باعه منه
لا يباع ذلك الشيء في دين بايعه اي لم يبعه القاضي في دين
البايع لانه يتوصل الى حقه بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه
لان فيه ابطال حق المشتري في العين وان لم تكن غيبته
معروفة بان لم يعلم مكانه وطلب بيعه بثمنه يباع فيه اي في
الثمن اذا برهن انه باعه منه اي من الغايب اذا لم يكن
للمشتري فيه نظر لان القاضي نصب لكل من عجز عن
النظر ونظرها في بيعه لان البايع يصل به الى حقه ويبرا
من ضمانه والمشتري ايضا يبرا عنه من دينه ومن تراكم

وليس ذلك

نفقته فاذا انكشف الحال عمل القاضي بموجب اقراره فلا يحتاج
الى خصم حاضر وانما يحتاج اليه لان البينة للقضاء لان
البينة هنا ليست للقضاء على الغايب وانما هي لنفي
التهمة وانكشاف الحال وهذا لان الشيء في يده وقد اقر
به للغايب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك
للغايب على الوجه الذي اقر به ولا يقدر البايع ان يصل
الى حقه كالراهن اذا مات مفلسا قبل القبض فان فضل
شيء من الثمن يمسك للغايب وان نقص يرجع البايع
على المشتري اذا ظفر وقيدنا بالمنقول احترازا عن
العقار فان القاضي لا يبيعه كما في النهاية وان غاب
احد المشتريين بان اشتراه رجلان فغاب احدهما
والمسئلة بحالها فللحاضر دفع كل الثمن وقبض المبيع
وحبسه اي حبس المبيع عن شريكه اذا حضر الغايب
حتى ينقد شريكه حصته لانه مضطر اذ لا يمكنه
الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع
صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي منه شيء والمضطر
يرجع واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عند
الطرفين اي الى ان يستوفي حصته ولو لم يحبس لا يصير
غاصبا وعند ابي يوسف كان متطوعا فيما ادى عن
صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه
وليس له الحبس ويصير غاصبا به فيهلك بالقيمة قيل
هذا اذا كان الثمن حالا اما اذا كان مؤجلا فليس
للحاضر دفعه وان حل الاجل وان اشترى شيئا بالف
مثقال ذهب وفضة منهما اي الذهب والفضة
نصفان اي يجب خمسمائة مثقال من الذهب

وخمسمائة

صفقة

وخمسمائة مثقال من الفضة لانه اضاف المثقال اليهما
على التسوية ويشترط بيان الفضة من الجودة وغيرها
بخلاف ما لو قال من الدراهم والدنانير فانه لا يحتاج الى
بيان الصفة وينصرف الى الجياد وان قال بالف من الذهب
والفضة فمن الذهب خمسمائة مثقال ومن الفضة
خمسمائة درهم وزن سبعة اي كل عشرة منها وزن
سبعة مثاقيل لان الالف مبهم اليهما فينصرف الى الوزن
المتعارف المعهود في كل واحد منهما وفيه اشارة الى
انه لو قال لفلان علي كر حنطة وشعير وسمسم فانه
يجب من كل جنس ثلث الكر وهكذا في المعاملات كلها كما
في البحر وفي المنح في الدراهم ينصرف الى الوزن المعهود
ويجب كون هذا اذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم
الدرهم ما يوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الان
كالشام والحجاز ليس كذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك
الدرهم واما في عرف مصر فلفظ الدرهم ينصرف الان الى وزن
اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا ان يقيد بالفضة
فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان ما دونه انقل واخف
سوى به لنقص فضة ومن قبض زيفا بدل جيد عالما
به اي بزيفه فانفقه او هلك فهو قضاء ويبرئ ولا رجوع
عليه بشيء عند الطرفين لان ايجاب رد الزيف لاخذ
الجيد ايجاب له عليه بالنسبة الى شيء واحد ومثل هذا
التكليف غير معهود في الشرع ولان الزيف بعد الانفاق
والهلاك ينوب مناب حصة الجيد وقال ابو يوسف
يرد مثل الزيف ويقبض الجيد لان حق صاحب الدين
يراعي من حيث الوصف لكن لا يمكن رعايته بايجاب

الضمان في الوصف اذ لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فيلزم
الرجوع الى الرد بمثل ثمنه وذكر فخر الاسلام وغيره ان
قولهما قياس وقول ابي يوسف هو الاستحسان فظاهره
ترجيح قول ابي يوسف وقيل قوله انسب للفتوى وفي
الاصلاح ومحمد في القول الاول مع ابي يوسف فقيد
بالاتلاف لانه لو كان قائما يرده ويسترد الجيد عندهم
وقيد بغير عالم به لانه لو كان عالما به عند القبض
يسقط حقه بالاتفاق وان فرخ طير اي باض في ارض
شخص بهما او تكنس ظبي فيها اي استتر ومعناه دخل
في الكناس وهو موضع الظبي وفي بعض النسخ او
تكسر اي وقع في ارض فتكسر رجله وعجز به عما
لو كسره رجل فيها فهو يكون تملكا يسبيلا للاخذ فهو
اي المذكور من الفرخ والبيض والظبي لمن اخذه لانه
مباح سبقت يده اليه فكان اولى به الا اذا هياء
ارضه لذلك فهو له او كان صاحب الارض قريبا من
الصيد بحيث يقدر على اخذه لو مد يده فهو لصاحب
الارض كما في البحر وغيره فعلى هذا لو قيده كما قيدنا
لكان اولى تدبر وكذا صيد تعلق بشبكة منصوبة
لتجفاف لا للاصطياد يعني يكون هو للاخذ او دخل
الصيد دارا لا يكون ايضا للاخذ ودرهم او سكر نثر
فوقع اي الدرهم او السكر على ثوب لم يعد اي لم يهيأ الثوب
اي الثوب صاحبه اي صاحب الثوب لذلك اي لو قوع
الدرهم او السكر عليه او لم يضم اي جمع الثوب الى نفسه
بعد السقوط عليه وان لم يعد له او اغلق بابه الدار
بعد الدخول ملكه اي صار له بهذا الفعل وليس للغير

اخذه

اخذه اذ بالاعداد واللف يظهر انه طالب الاخذ فكان
مستحقا وفي البحر نقلا عن الذخيرة ان غلق الباب
على الصيد ولم يعلم به لم يصر اخذه بالاجماع لو خرج الصيد
بعد ذلك فاخذه غيره ملكه كما لو عسل النحل في ارضه اي
جعل عسله في ارض رجل او نبت فيها شجر او اجتمع تراب
بجريان الماء فهو لصاحب الارض على كل حال وان لم تكن ارضه
معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى يملكه تبعا ولهذا يجب
في العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر انه مهد هنا
قاعدة كلية فقال وما الذي لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل
بالشرط الفاسد اربعة عشر شيئا على ما ذكره المص تبعا
لصاحب الكنز الاول البيع فاذا باع عبدا او شرط استخدامه
شهرا مثلا فالبيع فاسد والاصل ان ما كان مبادلة مال بمال
فانه لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد للنهي عن بيع وشرط
وما لا يكون مبادلة مال بغير مال او كان من التبرعات فانه
لا يبطل به لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو مختص
بالمعاوضات المالية دون غيرها من غير المالية والتبرعات
ويبطل الشرط فقط واصل اخراج التعليق بالشرط المحض
لا يجوز في التمليكات ويجوز فيما كان من باب الاسقاط
المحض كالطلاق والعتاق وكذا اما كان من باب الاطلاقات
والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملايم وكذا التحريضيات
كما في البحر والثاني في الاجارة بان اجر داره بشرط ان
يقرضه المستاجر او يهدي اليه او اجره اياها ان قدم
زيد فهي فاسدة لانها في معنى البيع والثالث القسمة
بان كانت للميت ديون على الناس فاقتسموا التركة من
الدين والعين على ان يكون الدين لاحدهم والعين

قوله من انزال الارض الانزال جمع نزل بضم النون والزاي المعجمة بمعنى الريع وهو الزيادة كذا حمد

وشرط

اي فاسدا ان

الباقين نهي فاسدة لا تفاقي معنى البيع من حيث
انها تملكها على الاقرار في المبادلة والرابع الاجازة
بان باع فضولي عبده ونفذ فقال اجزته بشرط ان تقرضني
او تهدي الي او علقها بشرط لا تفا بيع معني كما ذكره
العيني ولا خصوصية لاجازة البيع بل كل شيء لا يصح
تعليقه بالشرط اذا انعقد موقوفا لا يصح تعليق اجازته
بالشرط حتى النكاح والخامس الرجعة بان قال
لمطلقته الرجعية راجعتك على ان تقرضني كذا او ان
قدم زيد لانه استدامة الملك فتكون معتبرة بابتدائه
لا يجوز تعليقها كما ذكره العيني قال في البحر وهو سهو
ظاهر وخطأ صريح وسيأتي ان النكاح لا يبطل بالشرط
الفاسد وان كان لا يصح تعليقه وفصل كالتفصيل
فليراجع لكن يفرق بين النكاح والرجعة بانه لا يشترط
فيها رضا الزوجة ولا الشهود ولا مهر بل ملك بعود
الامة على الحرة التي تزوجها بعد ما طلق الامة خلاف
النكاح تدبر والسادس الصلح عن مال بمال بان
قال صالحتك على ان تسكنني في الدار سنة مثلا لانه
معاوضة مال بمال فيكون بيعا والسابع الابراء عن
الدين بان قال ابرأتك عن ديني على ان تخدمني شهرا
او ان قدم فلان لانه تمليك من الزوجية وجه
حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا
بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط اذا علق بكائن
كما اذا قال المديون دفعت الى فلان فقال ان كان
كنت دفعت اليه فقد ابرأتك صح لانه تعليق بامر كائن
وفي البحر حاصله ان التعليقات بموت الدائن صحيح

بالتدم

الا اذا

كراس ١٠

٩١

الا اذا كان الديون وارثا وعلق في مرض موته فتكون
مخصصة لاطلاق الكتاب والثامن عزل الوكيل بان قال
لوكيله عزلتك على ان تهدي الي شيئا او ان قدم فلان لانه
ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط الفاسد
كما ذكره العيني وفي البحر وتعليقه يقتضي عدم صحة
تعليقه واما كونه يبطل بالشرط الفاسد فلا دليل
عليه منهم واعندي ان هذا خطأ ايضا فان عزل
الوكيل ليس من قبيل ما يبطل بالشرط لكن لا يبطل بالشرط
الفاسد وانما هو من قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط
لكن لا يبطل بالشرط الفاسد انتهى وفيه كلام لانه اذا لم
يصح تعليقه بالشرط الفاسد فقد بطل بذلك الشرط
الفاسد بمعنى انه اذا وجد ذلك الشرط لم يترتب وجوده
عليه كما قال بعض الفضلاء وهو جواب بعينه عما يرد
في عزلها تدبر والتاسع الاعتكاف بان اعتكف ان شفى الله
مريضي او ان قدم زيد فلانه ليس مما يحلف به كعزل الوكيل
وفي المنح نقلا عن البحر وعندي ان ذكره في هذا القسم
خطأ من وجهين من كونه يبطل بالشرط الفاسد ومن كونه
لا يصح تعليقه اما الثاني فقال في القنية نذر ان يعتكف
شهرا ان دخلت الدار ثم دخل فعليه اعتكاف شهر عند
علمائنا فاذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد
لكن ذكر ايجاب الاعتكاف من جملة ما لا يصح تعليقه بشرط
ويبطل بفاسده وذكر في البزازية من هذا القسم فقال
وتعليق وجوب الاعتكاف بالشرط لا يصح ولا يلزمه
وقد ناقض الكمال كلامه لانه جعل ايجاب الاعتكاف
مما لا يصح تعليقه وعزاه الى الخلاصة ولم ينقل في رواية

قال علي ان صح

١٥

مع انه قدم في باب الاعتكاف ان الاعتكاف الواجب هو
المنذور تنجيزا او تعليقا وهو صريح في صحة التعليق به
وتمام تحقيقه في البحر فليراجع لكن لما قال لا يصح تعليقه
وما لا يصح هو مع الشرط الفاسد هو الاعتكاف نفسه
لا النذر به بل النذر به يصح تعليقه بالشرط ويترتب
لزومه على تحقق الشرط فلا يفسده كالنذر بسائر
العبادات التي يصح النذر بها بخلاف الوضوء وعيادة
المريض كما عرف في محله وقد ذكروا بعيد هذا ان الوقف
لا يصح تعليقه بالشرط ويصح تعليق النذر به فافترقا
تدبر والعاشر المزارعة بان قال زارعتك ارضي
على ان تقرضني كذا او ان قدم فلان لانها اجارة
فلا يصح تعليقها بالشرط والحادي عشر المعاملة وهي
المساقاة بان قال ساقيتك شجري او كرمي على ان
تقرضني كذا او ان قدم فلان لانها اجارة ايضا
والثاني عشر الاقرار بان قال لفلان علي كذا ان
اقرضني كذا او ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به
بخلاف ما اذا علق بموته او بمجيء الوقت فانه يجوز ويحمل
على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود او دعوى الاجل
فيلزمه للحال والثالث عشر الوقف بان قال داري
~~الاجل فيلزمه للحال والثالث عشر الوقف بان~~ وقفت
داري ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به ايضا وفي
البحر الوقف فيه روايتان فظاهره ان في صحة تعليقه
روايتين وفي الفتح وشرطه ان يكون غير معلق فلو
قال ان قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على
المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا والرابع عشر كذا التحكيم
بان

بان يقول المحكمان اذا اهل شهر او قال العبد او كافر اذا
اعتقت او اسلمت فاحكم بيننا عند ابي يوسف خلافا لمحمد
فانه لشرط واضافته في زمان كالوكالة والقضا به
ان التحكيم تولية وصلح معنى فباعتبار انه صلح لا يصح
تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح بالشك
والاحتمال وفي الخانية الفتوى على قول ابي يوسف ولم
يتعرض فيه لقول الامام وقد قال بعض شارحي الكنز
فانه لا يصح عنده وعليه الفتوى لم يتعرض لقول
الامامين وما اي والذي لا يبطل بالشرط الفاسد وهو
سبعة وعشرون شيئا على ما ذكر المص الاول القرض
بان قال اقرضتك هذه المائة بان تخدمني شهرا مثلا فانه
لا يبطل بهذا الشرط وذلك لان الشروط الفاسدة
من باب الربا وانه مختص بالمبادلة المالية والعقود
كلها ليست بمعاوضة مالية فلا يؤدي فيها الشروط
الفاسدة وفي البزازية تعليق القرض حرام والشرط
لا يلزم والثاني الهبة وهبت لك هذه الجارية بشرط
ان يكون حملها لي والثالث الصدقة بان قال تصدقت
عليك على ان تخدمني جمعة مثلا والرابع النكاح بان
قال تزوجتك على ان يكون لك مهر كما عرفته في موضعه
والخامس الطلاق بان قال طلقتك على ان تتزوجيني
عشرا والسادس الخلع بان قال خالعتك على ان لي الخيار يكون صح
مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال
والسابع العتق بان قال اعتقتك على اني بالخيار
والثامن الرهن بان قال رهنت عندك عبدي بشرط
ان استخدمه والتاسع الايصاء بان قال اوصيت اليك

[illegible]

لك يثلث ما في ان اجاز خلاف ذلك وقال في البحر وفيه نظر
لانه مثال تعليقها بالشرط والكلام الان في انها لا
تبطل بالشرط الفاسد انتهى لكن فيه كلام لان الشرط
الفاسد يصدق مع عدم صحة التعليق كما فيه كلام
لان الشرط ومع الصحة ومعناه ان يفسد لو كان
لا يجوز التعليق به وهنا يجوز كم يفد تدبر والحادي
عشر الشركة بان قال شاركتك على ان تهديني كذا
والثاني عشر المضاربة بان قال ضاربتك في الف على النصف
في الربح ان شاء فلان او ان قدم زيد وذكره العيني
وفي البحر وهو مثال لتعليقها بالشرط وهذا الذي
وقع في العيني دليل على كسله وعدم تتبع كلامهم
فانه لو اتى بالامثلة التي ذكروها في الابواب لكان
انسب انتهى لكن فيه قدم مررناه في الوصية تدبر
والثالث عشر القضاء بان قال الخليفة وليتك قضاء
مكة مثلا على ان لا تعزل ابدا والرابع عشر الامارة
بان قال الخليفة وليتك امارة الشام مثلا على ان لا
تركب والخامس عشر الكفالة بان قال كفلت عن غيرك
ان اقرضتني كذا ذكره العيني وفي البحر فهو مثال
لتعليقها بالشرط انتهى والجواب قد مر تدبر والسادس
عشر الحوالة بان قال احلتك على فلان بشرط ان
لا ترجع عند التوي والسابع عشر الوكالة بان قال
وكلتك ان ابرأتني عن مالك كذا ذكره العيني وفي البحر
مثال تعليقها بالشرط انتهى وقد مر الجواب تدبر
والثامن عشر الاقالة بان قال اقلتك عن هذا
البيع ان اقرضتني كذا ذكره العيني وفي البحر

نقلا

نقلا عن القنية لا يصح تعليق الاقالة بالشرط وتقدم
انها لو تقايلا باقل من الثمن الاول او بجنس اخر
لم يفسد ووجب الثمن الاول وهو مثال انها لا تبطل
بالشرط واما ما ذكره العيني فمثال لتعليقها انتهى وفيه
كلام قد مر مرارا والتاسع عشر الكتابة بان قال
المولى لعبده كاتبتك على الف بشرط ان لا تخرج من
البلد او على ان لا تعامل فلانا او على ان تعمل في نوع
من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل
الشرط وذلك لان الشرط غير داخل في صلب العقد
واما اذا كان داخلا بان كان في نفس البدل كالكتابة
على خمر ونحوها فانها تفسد به على ما عرف في موضعه
والعشرون اذن العبد في التجارة بان قال المولى
لعبده اذنت لك في التجارة على ان تتجر الى شهر او سنة
او نحوها لانه ليس بعقد بل هو اسقاط والاسقاطات
لا تتوقف والحادي والعشرون دعوة الولد بان يقول
المولى ان كان بهذه الامة حمل فهو مني لان النسب
مما يتكلف ويحتاط في ثبوته والثاني والعشرون
الصلح عن دم العمد بان صالح ولي المقتول مع القاتل على
شيء بشرط ان يقرضه او يهدي اليه شيئا فان الصلح
صحيح والشرط فاسد ويسقط الدم لانه من الاسقاطات
ولا يحتمل الشرط وكذا الابراء عنه ولم
يذكره الكفاية والثالث والعشرون الجراحة بان
صالح عنها بشرط اقراض شيء او اهدائه وقيد صاحب
الدرر بالتي فيها القصاص فان الصلح اذا كان عن
الجراحة التي فيها الارش كان من القسم الاول والرابع

والعشرون عقد الذمة بان قال الامام للحربي بطلب الذمة
ضربت عليك الجزية ان شا فلان مثلا فان عقد الذمة
صحيح والشرط باطل كما في البحر وهو كما لا يخفى مثال لتعليق
عقد الذمة بالشرط والعجب انه اعتراض العيني مرادا
فتعقل عند تامل والخامس والعشرون تعليق الرد
بعيب بان قال ان وجدت بالمبيع عيبا اردده عليك
ان شا فلان مثلا او بخيار الشرط وهو السادس
والعشرون اي وتعليق الرد به بان قال من له خيار
الشرط في المبيع رددت المبيع او قال اسقطت خياري
ان شا فلان فانه يصح ويبطل الشرط كما في المحيط
وفيه كلام لان تعليق الرد بالعيب باطل وله الرد
بالعيب وفي خيار الشرط صح ما شرطه ومثل في
الخلاصة للاول بقوله بان قال ان لم اردد هذا الثوب
المعيب اليوم عليك فقد رضيت بالعيب وللثاني
بقوله لو قال ابطلت خياري اذا جا غد انتهى ومقتضاه
انه اذا قال ذلك بطل خياره اذا جا غد فقول صاحب البحر
يبطل الشرط فليس بظاهر تدبر والسابع والعشرون
عزل القاضي بان قال الخليفة للقاضي عزلتك عن
القضا ان شا فلان فانه يعزل ويبطل الشرط كما في
البحر لكن يرد عليه بان هذا مثال للتعليق بالشرط
كما مر انفا والمصنف لم يذكر ما يصح اضافته الى المستقبل وما
لا يصح واقتصر من القاعدة على ما ذكره لكن قال
في التنوير والغرر وما يصح اضافته الى المستقبل اربعة
عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة
والوكالة والكفالة والايصا والوصية بالمال

والقضا

والقضا واجارته وفسخه والقسمة والشركة والهبة
والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابرا عن الدين
فان هذه الاشيا تمليكات فلا يجوز اضافتها الى
الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى
القمار

كتاب الصرف

وجه المناسبة
بالبيع وتاخيره ظاهر هو لغة النقل والزيادة وشرعا
هو بيع ثمن بثمن اي ما خلق للثمنية جنسا كبيع
الفضة بالفضة والذهب بالذهب او لا كبيع
الذهب بالفضة او بالعكس ودخل تحت قولنا ما
خلق للثمنية بيع المصوغ بالمصوغ او بالنقد فان
المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمنا
صريحا ولهذا يتعين في العقد ومع ذلك بيعه صرف
لانه خلق للثمنية ويشترط فيه اي في الصرف اي شرط
بقاؤه على الصحة لا شرط انعقاد • وهو الصحيح
المختار كما في البحر التقابض قبل التفرق بالابدان
حتى لو كانا ماشيين معا فرسخا مثلا في جهة واحدة
ثم تقابضا قبل الافتراق صح وكذا لو طال قعودهما
في مجلس الصرف او ناما او اغمي عليهما فيه ثم تقابضا
بخلاف خيار المخيرة اذ التخيير تمليك فيبطل بما يدل
على الرد وبالقيام دليله والمعتبر افتراقهما اي
العاقدين حتى لو كان لكل من الرجلين على صاحبه
دين فارسل اليه رسولا فقال بعتك الدنانير التي عليك
بالدراهم التي لك علي (اليه) وقال قبلت فهو باطل لان
حقوق العقد تتعلق بالمرسل لا بالرسول وكذا لو
نادى احدهما صاحبه من وراء جدار او ناداه من

او باداه من بعينه احدهما لانهما متفرقا من قبل قبضهما كما في
وصح بيع الجنس بغيره بعينه الذهب بالفضة او بالعكس مجازفة
ومتفاضلا اي تقابضا في المجلس لان المستحق هو القبض قبل
الافتراق دون التسوية فلا يضره الجزاف ولو افترقا قبل
قبل القبض بطل لفوات الشرط والمراد بالقبض القبض بالبراجم
لا بالتخلية لا بيعه اي لا بيع الجنس بجنسه لا مجازفة
ولا متفاضلا الا متساويا لما مر في الربا لقوله عليه السلام
الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد
والفضل ربا وفي المجازفة احتمال الربا فلا يجوز وان
وصلية اختلفا جودة وصياغة لان المماثلة في الاوصاف
ليست بشرط لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء
ولا فرق بين ذلك ان يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ
والتبر او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون
الاخر وفي البحر اذا باع درهما كبيرا بدرهم صغير او درهما
او درهما جيدا بدرهم ردي يجوز لانهما متساويان وزنا صح
ثم فرعه بقوله فان بيع الجنس بالجنس مجازفة ثم علم
التساوي قبل التفرق جاز والا فلا والقياس ان لا يجوز
لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا
جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال زفر
اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس او بعده
وانما قلنا بيع الجنس بالجنس لان وضع المسئلة فيه
قال في البحر وغيره لو باع الجنس بالجنس مجازفة فان علم
تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا على ان مسئلة
اختلاف الجنس قد تقدمت انفا فلا حاجة الى
التكرار فعلى هذا ظهر فساد ما قيل في تفسير قوله

قاد مع

دين مطالب من جهة العباد بخلاف الزكاة وفي البحر اطلقه
فشمل الخراج الموظف وخراج المقاسمة وخصه بعضهم
بالموظف وهو ما يجب في الذمة ونفي الضمان بخراج
المقاسمة لانه لم يكن دينا في الذمة والرهن كالكفالة
بجامع التوثق فيجوز في كل موضع يجوز الكفالة فيه
كما في الزيلعي وهو منقوض بالدرك فان الكفالة به
جائزة دون الرهن به فانه لا يصح الرهن بخراج المقاسمة
تامل ولو اكتفى فيما سبق بقوله وصح الرهن والكفالة
بالخراج لكان اخصر تدبر وضمان القسمة صحيح خبر
لكل من ضمان الدرك والخراج والقسمة قيل هي النوائب
بعينها او حصة منها فعلى هذا النوائب الاتية مستدركة
تدبر وقيل هي الجناية الموظفة الراتبة لدفع اتية في كل
شهر او سنة والمراد بالنوائب غير راتب بل يلحقها ما نابنا
ويحتمل انه يتم وقيل المراد بالقسمة باجرة القسام
وقال ابو جعفر معناها اذا طلب احد الشريكين القسمة
من صاحبه فضمنه انسان لانها واجبة عليه وقيل
معناها اذا اقتسما ثم منع احدهما قسم الاخر كما في شرح
التسهيل وكذا ضمان النوائب وفي الصحاح النائبة
المصيبة واحدة نوائب الدهر وفي اصطلاحهم قيل
ارادوا بها ما يكون بحق وقيل المراد بها ما ليس
بحق وعن هذا قال سواء كانت بحق ككري النهر المشترك
واجرة الحارس والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء
الاسرى فان الكفالة بها جائزة بالاتفاق لانه كفل
بما هو مضمون على الاصيل او بغير حق كالجبايات
التي في زماننا يأخذها الظلمة بغير حق ففي جوازها

لكن التخصيص واجب بقرينة قوله او رهن صح

اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا تجوز الكفالة منهم صدر
الاسلام علي البزدوي لانها ضم ذمة الى ذمة في
المطالبة او الدين فهنا لا مطالبة ولا دين شرعا فان
فلم يتحقق معناها وقال بعضهم تجوز منهم فخر الاسلام
علي البزدوي لانها في المطالبة مثل سائر الديون بل
فوقها والعبرة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها في
المطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية وكذا قلنا من
قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالعدل يوجر
وان كان الاخذ بالاخذ ظالما وقلنا من قضى نائبة
غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع وهو
الصحيح كمن قضى دين غيره بامره كما في البحر وفي الاصلاح
والفتوى على الصحة فانها كالديون الصحيحة حتى
لو اخذت وهو احتياط المص من الادا فله الرجوع
على مالك الارض وضمان العهدة باطل لاشتباه المراد
بها اطلاقا على الصك القديم وعلى العقد وعلى حقوقه
وعلى خيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان
فتبطل للجهالة وكذا ضمان الخلاص باطل عند الامام
خلافا لهما اي قالا هي صحيحة بناء على تفسيرها بتخليص
المبيع لا محالة ولا قدرة عليه لان المستحق لا يمكنه
منه ولو ضمن تخليص المبيع لا محالة ولا قدرة عليه
لان المستحق لا يمكنه او رد الثمن جاز لامكان الوفاء به
وهو تسليمه ان اجاز المستحق او رده ان لم يجزه والخلاف
راجع الى التفسير كما في البحر والخلاف لفظي فقط ولو
قال ضمنته الى شهر وقال الطالب بل ضمنتها لا
فالقول للكفيل وفي الاقرار بعين من قال لاحد
لك علي

لك علي مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول
للمقر له والفرق ان الكفيل لم يقر بالدين فلا دين عليه
في الصحيح بل اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر والطالب
يدعي عليه المطالبة في الحال وهو ينكر فالقول له والمقر
اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه هو تاخير المطالبة الى
شهر فلا يقبل قوله بلا بينة وقال الشافعي القول للمقر
في الفصلين وكذا اي روي عن ابي يوسف ولا يوخذ
ضامن الدرك ان استحق المبيع ما لم يقض بثمنه على
بايعه لان البيع لا ينتقض بمجرد الاستحقاق على ظاهر
الرواية ما لم يقض بالثمن على البائع فلا يجب رد الثمن
على الاصيل فلا يجب على الكفيل وعن ابي يوسف وهو
قول الائمة الثلاثة انه يرجع بمجرد القضاء بالاستحقاق
وفي التنوير قال لا احب سلوك هذه الطريقة فانه احسن
وسلكها فاقدم ما العلم يضمن ولو قال ان كان مخوفا واخذ
مالك فانا ضامن ضمن

باب كفالة الرجلين

والعبدين لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين
بعد الواحد طبعا فكان وضعا دين عليهما اي على الاثنين
لا غيرهما بان اشتريا منه ثوبا وكفل كل واحد من الاثنين
عن صاحبه جاز العقد لعدم المانع اذ يكون كل واحد منهما
في النصف اصيلا وفي النصف الاخر كفيلا فما اداه احدهما
اي فما ادى احدهما من الدين نصفه لا يرجع به اي بما
ادى على الاخر اي على شريكه وان عين عن نصيب صاحبه
لان وقوع الاداء عما هو عليه اصالة اولى من وقوعه
كفالة اذ الاول دين مع المطالبة والثاني مطالبة
فقط ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه كان لصاحبه
الاداء

ان يرجع عليه بان يجعل المؤدى نائبه كادائه فيؤدي
الى الدور لا انه اذا زاد على النصف فيصرف الى ما عليه
كفالة فيرجع على شريكه ان كفل بامره ولو كفلا اي الاثنان
بما على رجل بالتعاقب وكفل كل واحد منهما به اي بجميع
المال عن صاحبه يعني اذا كان على رجل الف درهم
مثلا فكفل عنه اثنان كل منهما بجميعه على الانفراد ثم
كفل كل منهما عن صاحبه بالزمه بالكفالة اذ الكفالة
بالكفيل جائزة فما اداه كل منهما رجع بنصفه على شريكه
قليلا كان المؤدى او كثيرا اذ الكل كفالة فلا رجحان لكل
من الكفالتين على الاخر بالمطالبة ثم يرجعان على
الاصيل ابتدا لو كفل بامره اذ كفل كل منهما بالجميع فلا يؤ
اي الدور وهذا اذا كفل كل منهم عن صاحبه وهي كالمسئلة
الاولى في الصحيح وكذا لو كفلا عن الاصيل بالجميع
ثم كفل كل لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون
كفيلا عن الاصيل بالجميع او كفل كل بالجميع متعاقبا
ثم كفل عن صاحبه بالنصف لتغاير جهة الكفالات
كما في الدرر وغيره ولو ابرا الطالب احدهما اي احد
الاثنين فله اي للطالب اخذ الكفيل الاخر بكله
اي بكل المال لان كلا منهما كفيل بالكل عن الاصيل ~
فيأخذه به ولو فسخت المفاوضة اي لو اشترى احد
المفاوضين شيا ثم فسخت المفاوضة بينهما فلرب الدين
اخذ من شا من شريكيها اي شريكي المفاوضة بكل
دينه لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة فلا تبطل
بالافتراق قيد بالمفاوضة لان شريك العنان
لا يؤاخذ عن شريكه لانها لا تتضمن الكفالة بل

الوكالة

عن الاصيل او رجع هو قبله اي بكل ما اداه

الوكالة بكل دينه كما مر في الشركة وما اداه احدهما
لا يرجع به اي بما ادى على الاخر ما لم يزد به على النصف لئلا
يلزم الدور اذا كوتب العبدان بعقد واحد بان قال
المولى كاتبتكما على الف وقبلا وكفل كل من العبدين عن
صاحبه صح العقد ورجع كل منهما على الاخر بنصف ما
ادى والقياس ان لا يصح لان فيه كفالة المكاتب
والكفالة ببدل الكتابة وكل منهما بانفراده باطل وعند
الاجتماع اولى فصار كما اذا تعاقبت كتابتهما فانها باطلة ~
ولهذا قال بعقد واحد وجه الاستحسان ان تصرف
الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن هنا
بان يجعل كل المال على كل منهما في حق المولى وحق نفسه ~
وعتق الاخر معلق باداه لان معنى قوله كاتبتكما بالف
ان اديتما الف درهم فانتما حران فكانه قال لكل منهما
ان اديت الالف فانت حر فيكون عتق كل واحد معلقا
باداء الالف ولا يحصل عتقه باداء نصفه اذ الشرط
يقابل المشروط جملة ولا يقابله اجزا فيطالب المولى
كلا منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا الكفالة فايهما
ادى عتق وعتق الاخر بتمامه كما في ودايع المكاتب فما
ادى احدهما رجع على الاخر لاستوائهما ولو رجع بالكل
او لم يرجع بشي انتفا المساواة كما في الدرر وقيد بقوله
وكفل لانه لو كاتبهما معا ولم يزد على ذلك لزم على كل واحد
منهما حصته ويعتق باداء حصته فلو زاد على انهما ان
اديا عتقا وان عجزا ردا الى الرق فلم يذكر كفالة كل منهما
عن صاحبه فعتق ناقدا احد منهما ما لم يصل جميع المال
الى المولى خلافا لزفر فانه قال يعتق باداء حصته

لا يعتق م

اي احد العبدين
وان اعتق السيد احدهما قبل الاداء
المكاتبين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل منهما عن صاحبه
صح عتقه لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي
بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقي
وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الاخر لان المال في
الحقيقة مقابل برقبتيهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا
لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عن الاحتيال
فاعتبر مقابلا برقبتيهما فلهذا ينتصف كما في الهداية
وله اي للمولى الخيار ان شاء ان يأخذ حصة الاخر
منه اي من الاخر اصالة او ان شاء من المعتق كفالة
ويرجع المعتق فقط بما ادى على صاحبه اي اخذ المولى
حصة الاخر لانه يؤدي عنه بامره فان اخذ الاخر
لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه لا يقال
اخذ المعتق بالكفالة يصحح الكفالة ببدل الكتابة
وهو باطل لان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع
الالف ما لبثا في بعد ذلك فيبقى على تلك الصفة لان
البقا يكون على وفق الثبوت كما في المنح ولو كان على
عبد مال لا يجب عليه صفة مال اي على العبد الا بعد
عتقه فهو دين لم يظهر في حق مولاه بل في حقه
بعد عتقه كما لزمه باقراره او استقراضه او
استهلاك وديعة فكفل به اي بذلك المال رجل كفالة
مطلقة اي بلا تقييد على قيد الحلول او التاجيل
لزم الكفيل حالا لان المال حال على العبد لوجود
السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة تاخرت عنه
لعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم
ظهورها

ظهورها في حق المولى فصار كما لو كفل عن غايب او مفلس
بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل
حالا بل مؤجلا واذا ادى الكفيل ما على العبد لا يرجع
على العبد الا بعد عتقه ان كان بامره لان الطالب كان
يرجع عليه بعد العتق فكذا الكفيل لانه قائم
مقامه ولو ادعى رقبة عبد فكفل به رجل فمات العبد
المكفول برقبته قبل التسليم الى المدعي فبرهن المدعي
اي اقام بينة انه اي العبد له اي ملكه ضمن الكفيل
قيمته اي قيمة العبد لانه كفل عن ذي اليد بتسليم
رقبة العبد لان المدعي يدعي غصب العبد والكفالة
بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة فيجب على الكفيل
رد العين فان هلكت يجب عليه قيمتها بخلاف ما اذا
ثبت الملك له باقرار ذي اليد وبنكوله لان اقرار
الاصيل ليس بحجة في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر
به الكفيل بنفسه ولو كفل سيد عن عبده بامره او كفل
عبد غير مديون فقيد به تصحيحا للكفالة فان كفالة
المديون عن مولاه لا تصح لانها لا تتضمن ابطال حق
الغرما عن سيده بامره فعتق العبد فادى من السيد
او العبد ادى المال المكفول به لا يرجع على الاخر لان
الكفالة وقعت غير موجبة لان احدهما لا يستوجب
دينا على الاخر وقال زفر ان كانت الكفالة بالامر يرجع
كل منهما على صاحبه لان المانع وهو الرق قد زال
قلنا وقعت غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة بعد
ذلك

كتاب الحوالة

ذكرها بعد
الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل

على العبد صح

للتوثق الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة
بخلاف الكفالة فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم
وهي في اللغة النقل والتحويل وحروفها كيف ما
تركبت دارت على معنى النقل والزوال وقيل
هي اسم بمعنى الاحالة يقال احلت زيدا بماله على
فلان ولذا قيل لمديون محيل وللدائن محال
ومحتال ولمن تقبل الحوالة محال عليه وللدين محال
به ومحتال به لكن ترك عند الاستعمال الصلات
في محيل فرارا عن التباسه المنقول عنه بابه وقد
فرق البعض بالحاق له الى المفعول وقال المحتال
له قبيل هو لغو لعدم الحاجة الى الصلة وفي اصطلاح
الفقهاء هي اي الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة
اي من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه واختلف
المشايخ في انها هل توجب البراءة عن الدين والمطالبة
وللمطالبة جميعا او عن المطالبة دون الدين و[illegible]
والصحيح من المذهب انها توجب البراءة من الدين
كما في المنح وتصح الحوالة في الدين لا في العين اما
الصحة فبالاجماع وبما روى البخاري ومسلم عن ابي
هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع اي
اذا احيل احدكم على ملي فليحتل والامر بالاتباع
دليل الجواز واما اختصاصها بالدين فلان الحوالة
نقل حكمي والدين وصف حكمي يثبت في الذمة فيجوز
ان ينتقل ذلك الدين اما العين كالثوب حسي فلا
ينتقل بالنقل الحكمي بل يحتاج الى النقل الحسي فلا بد

ان يكون

ان يكون للمحتال دين على المحيل ولذا قال في القنية احال
عليه ما ليس من الصطلة ولم يكن للمحيل على المحتال عليه
شيء ولا للمحتال على المحيل فقبل المحتال عليه ذلك لا
شيء عليه برضى متعلق بتصح المحتال لان الدين حقه
والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه ولاختلاف الناس
في الايفاء وهذا بالاجماع والمحتال عليه لان الدين
يلزمه فلا بد من التزامه والاصح من مذهب الشافعي
انه لا حاجة الى رضاه اذا كان المحال به دين المحيل عليه
وهو قول مالك واحمد لان الحق للمحيل فله ان يستوفيه
بنفسه وبغيره فنيه برضاهما لانهما لا تصح مع اكراه
احدهما واراد من الرضى القبول في مجلس الايجاب
لكن في البزازية لو احال على غائب فقبل بعد ما علم
صحت ولا تصح في غيبة المحتال الا ان يقبل بحاله
الحوالة وقيل لا بد من رضى المحيل ايضا كما لا بد من
رضى المحتال والمحتال عليه وفي البحر رضى المحيل ليس
بشرط على ما ذكره محمد في الزيادات وشرطه القدوري
وانما شرطه للرجوع عليه فلا اختلاف في الرواية
وعن العناية به وذكر في الزيادات ان الحوالة تصح بدون
رضاه لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في
حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لان
المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قيل وعلى
هذا يكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه اذا كانت
بامره وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري ان
تكون للمحيل على المحال عليه دين مقدر بقدره ربما
لا يقبل الحوالة فانها تكون اسقاطا لمطالبة المحيل

على المحال عليه فلا تنفع الا برضاه والظاهر ان الحوالة قد
تكون ابتداء وهي من المحيل وقد تكون من المحال عليه
والاول احالة وهو فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة
والرضى وهو محمل وجه رواية القدوري والثاني
احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحال عليه
ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا فاشتراط
مطلقا كما ذهب اليه الائمة الثلاثة بناء على ان ايفاء الحق فله
ايفاؤه من حيث شاء من غير قسر عليه بتعيين بعض الجهات
وعدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين
على رواية الزيادات ليس على ما ينبغي انتهى واذا تمت الحوالة
برئ المحيل من الدين بالقبول اي بقبول المحتال الحوالة
على المحال عليه وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ
كل واحد منهما عقد توثق بحق ولنا ان الاحكام الشرعية
تنبئ عن وفق للمعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل
وهو لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل بخلاف الكفالة
قوله من الدين رد على من يقول انه يبرأ عن المطالبة
لا عن الدين وقد تقدم بيانه انفا ومراده انه يبرأ
موقتا ومقتضى ما ذكر من براءة المحيل ان المشتري لو
احال البائع بالثمن على رجل لم يكن حبس المبيع وكذا لو
احال المرتهن الراهن لا يحبس الرهن ولو احال الزوج
المرأة بصداقها لم تحبس نفسها بخلاف العكس في الثلاثة
وبه صرح في البحر قال ولكن المنقول في الزيادات
عكسه وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة
فلا يأخذ المحتال من تركته اي من تركة المحيل الدين
اذا مات المحيل لكن يأخذ كفيلا من الورثة او الغرماء
مخافة

مخافة التوى اي الهلاك ولا يرجع عليه المحتال الا اذا
توى حقه فيرجع عليه لما روي انه عليه السلام قال
اذا مات المحال عليه مفلسا عاد الدين ولان براءته مقيدة
بسلامة حقه له فيرجع عليه عند عدم السلامة وقال
الشافعي لا يرجع عليه عند التوى باي طريق كان لان
الساقط لا يعود وفي البحر ومراده اذا كانت الحوالة باقية
اما اذا فسخت الحوالة فان للمحتال الرجوع بدينه على
المحيل ولذا قال في البدائع ان حكمها ينتهي بفسخها
وبالتوى وقوله وبالتوى مقيد بان لا يكون المحيل
هو المحال عليه ثانيا كما في الذخيرة رجل احال رجلا
له عليه دين على رجل ثم ان المحال عليه احاله على
الذي عليه الاصل برئ المحال عليه الاول وهو بموت المحال
عليه مفلسا بان لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا
او انكاره اي انكار المحال عليه الحوالة وحلفه اي
المحال عليه ولا بينة للمحتال والمحيل عليها اي على
الحوالة وهذا عند الامام لان العجز عن الوصول
يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة وعندهما
بتفليس القاضي اياه اي المحال عليه ايضا لانه عجز
عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته
عندهما كالعجز عنه بالاستيفاء بموته مفلسا وبالجحود
قيدنا بان لم يترك كفيلا لان وجود الكفيل يمنع موته
مفلسا على ما في الزيادات وفي الخلاصة لا يمنع وان
المحتال لو ابرأ الكفيل بعد موت المحال عليه مفلسا فله موته صح
ان يرجع بدينه على المحيل وفي البزازية اخذ المحتال
من المحال عليه بالمال كفيلا ثم مات المحال عليه

مفلسًا لا يعود الدين الى ذمة المحيل سوا كفل بامره او
بغير امره والكفالة حالة او رهن به رهنا ثم مات
المحال عليه مفلسًا عاد الدين الى ذمة المحيل ولو كان
مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات
المحال عليه مفلسا بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن
ولو اختلفا في كونه مفلسًا فالقول للمحال مع يمينه على
العلم وتصح الحوالة بالدراهم المودعة يعني اذا اودع رجل
رجلا الف درهم واحال الغريم عليه اخر صح لانه اقدر على
التسليم فكانت اولى بالجواز ويبرأ المحال عليه عن
الحوالة بهلاكها كالزكاة المقيدة بالنصاب لان المحال
التزم الادا من هذه الدراهم وهي قد هلكت امانة
وايضا يبرأ المودع عن الحوالة اذا استحقت الدراهم
المودعة فيعود الدين على ذمة المحيل وبالمغصوب
اي تصح الحوالة بالدراهم التي غصبها المحال عليه من
المحيل ولا يبرأ بهلاكها اي لا يبرأ الغاصب بهلاك
المغصوبة لانه لا تبطل الحوالة لانها فات الى خلف
وهو الضمان والخلف يقوم مقام الاصيل وكان المغصوب
قايمًا معنى فلا يبطل واما اذا استحق المغصوب بطلت
الحوالة لان المغصوب وصل الى مالكه فهو يوجب براءة
الضمان واذا اقيدت الحوالة بالدين او الوديعة او الغصب
لا يطالب المحيل المحال عليه اي لا يطلب المحيل من
المحال عليه ما عنده او عليه من الدراهم المودعة
او المغصوبة او الدين لان الحوالة المقيدة تتضمن تسليم
المحال عليه ما عنده او عليه بامر المحيل فلا يطلب
المحيل ذلك من المحال لتعلق حق المحال له كالراهن لا يملك

مطالبته

الرهن من مرتهنه قبل الدفع صح

لا يملك مطالبته لتعلق حق المرتهن حتى يضمن المحال عليه
للمحال لو اخذ دفع الى المحيل مع ان المحال اسوة الغرما
المحيل بعد موته اي بعد موت المحيل يعني ان هذه الاحوال
الاحوال اذا تعلق بها حق المحال كان ينبغي ان لا يكون
المحال اسوة الغرما المحيل بعد موته كما في الرهن مع انه
اسوة بهم لان العين الذي بيد المحال عليه للمحيل
والدين الذي بيد المحال عليه للمحيل والدين الذي له
عليه لم تصر مملوكا للمحال بعقد الحوالة لا يدا وهو الظاهر
ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك بل للنقل فيكون
بين الغرما واما المرتهن فيملك المرهون يدا وحبسا فيثبت
له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون
لغيره ان يشاركه فيه وقال زفر المحال احق به من الغرما
لان الدين صار للمحال بالحوالة كالمرتهن بالرهن بعد موت
الراهن وان لم تتقيد الحوالة بشي من المذكورات فله اي
للمحيل المطالبة من المحال عليه بالعين او الدين ويقدر
المحال عليه ان دفعه الى المحيل اذ لا تعلق لحق المحال بما عنده
او عليه بل حقه في ذمة المحال عليه وفي ذمته سعة فلا يأخذ
ما يجب على المحال عليه اداءه للمحال من مال نفسه ولا تبطل
الحوالة سوا كانت مقيدة او مطلقة بأخذه اي المحيل ما على
المحال عليه من الدين او عنده من الوديعة او الغصب اما في
المطلقة فلانها لم تتعلق بهذه الاشيا لعدم الاضافة اليها
واما في المقيدة فلان المحال عليه قد دفع ما تعلق به حق
المحال او يرجع الى المحيل بما دفع اليه فلا تبطل الحوالة واذا
طالب المحال عليه المحيل بمثل ما احال به فقال احلت بدين لي
عليك لا يقبل بلا حجة اي لا يسمع قول المحيل للمحال عليه

الى من ليس له حق الاخذ فيضمنه
للمحال صح

احلت بدين لي عليك حين طلب المحتال عليه من المحيل مثل ما
اداه الا ببينة اذ المحتال عليه انكر الدين لان اقراره
بالحوالة وقبوله لا يكون اقرارا ولا دليلا على ان عليه له دينا
اذ الحوالة تجوز بدون الدين على المحتال عليه بل يسمع
طلب المحتال عليه لوجود سببه هو اداء الدين بامره
ولو طالب المحيل المحتال بما احاله فقال احلتني بدين
لي عليك لا يقبل بلا حجة اي لا يسمع قول المحتال للمحيل
احلتني بدين لي عليك حين طلب المحيل من المحتال ما قبضه
الا ببينة لان المحيل انكر الدين اذ اقراره بالحوالة واقدامه
عليها لا يكون اقرارا بالدين لان الحوالة يستعمل في الوكالة
بمعنى نقل التصرف بل يسمع طلب المحيل كطلب الموكل من الوكيل
ما قبضه وفي التنوير ادعى الاداء في الحوالة الفاسدة فهو
بالخيار ان شاء رجع على القابض وهو المحتال وان شاء رجع
على المحيل فلا يصح تاجيل عقدها وتكره السفتجة بضم
السين وفتح التاء عند سيبويه وبفتحها عند الاخفش تعريب
سفته ومعناها هنا المحكم وهي الاقراض اي يقرض الى تاجر
مثلا قرضا ليدفعه الى صديقه في بلد اخر لسقوط خطر
الطريق وانما كرهت لورود النهي عن قرض جر نفعا وانما
ذكرت المسئلة في هذا الباب لان هذا الاقراض في معنى
حوالة الصديق على المستقرض او لانه حوالة خطر الطريق
اليه او لان المقرض يحيله بالاداء الى الصديق كتاب القضا
لما كان اكثر المنازعات يقع في البياعات والديون عقبها
بما يقطعها وهو قضا القاضي اضاف الكتاب الى القضا
دون الادب نظرا الى بيان القضا مقصود وبيان الادب
متبوع والقضا في اللغة له معان تكون بمعنى الاتقان

والاحكام

والاحكام ففي المصباح انه مصدر قضيت بين الخصمين
وعليهما حكمت والجمع الاقضية وقضى اي حكم ومنه قوله تعالى
وقضى ربك ان لا تعبدوا الا اياه وبمعنى الفراغ وبمعنى الادا
والانها ومنه قوله تعالى وقضينا الى بني اسرائيل في
الكتاب وقضينا اليه ذلك الامر اي انهيناه اليه وابلغناه
ذلك وبمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله تعالى فقضاهن
سبع سموات في يومين ومنه القضا والقدر ويقال
استقضى فلان اي صيره قاضيا وفي الشرع هو قطع
الخصومة او قول ملزم صدر عن ولاية عامة وفيه
معنى اللغة جميعا فكانه الزمه بالحكم واخبره به وفرغ
عن الحكم بينهما وقدر ما عليه وما له واقام قضاه متقنا
صلحهما وتراضيهما لان كل واحد منهما قاطع للخصومة وهو
مشروع بالكتاب والسنة والاجماع ومحاسنه لا تخفى على
احد ولولا ذلك لفسد العباد وخرب البلاد وانتشر الظلم
والفساد والحاكم نائب الله تعالى في ارضه في انصاف المظلوم
من الظالم وايصال الحق الى المستحق والامر بالمعروف والنهي
عن المنكر وبه امر كل نبي قال الله تعالى انا انزلنا التوراة
فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال الله تعالى وان احكم
بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم ولاجله بعث الرسل
والانبيا وكان عليه الخلفا والعلما ولهذا قال القضا
بالحق من اقوى الفرائض وافضل العبادات بعد الايمان
بالله تعالى ثم هو على خمسة اوجه واجب وهو ان يتعين
له ولا يوجد من يصلح له غيره لانه اذا لم يفعل ادى الى
تضييع الحكم فيكون قبوله امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر
وانصاف للمظلوم من الظالم ومستحب وهو ان يوجد

من يصلح له غيره لكن هو اصلح واقوم به فتخير فيه وهو ان
يستوي هو وغيره في الصلاحية والقيام به ومكروه
وهو ان يكون صالحا للقضا لكن غيره اصلح واقوم به
وحرام وهو ان يعلم من نفسه العجز عنه وعدم الانصاف
فيه في باطنه من اتباع الهوى بما لا يعرفه غيره اعلم ان
رزقه وكفايته وكفاية اهله واعوانه ومن يمونهم
يكون من بيت المال لانه محبوس لحق العامة فلو لا
الكفاية ربما يطمع في اموال الناس وان عمر رضي الله عنه
اعطى شريحا كل شهر مائة درهم واعطاه علي رضي الله عنه
كل شهر خمسمائة درهم واهله اي القضا اهل الشهادة من غيره
لان كلا منهما من باب الولاية لانه تنفيذ القول على الغير
ولان كلا منهما الزام اذ الشهادة ملزمة على القاضي
والقضا ملزم على الخصم وشرط اهليته اي القضا شرط
اهليتها اي الشهادة من العقل والبلوغ والاسلام
والحرية وغيرها مما سنذكره في كتاب الشهادة والفاسق
اهل له اي للقضا ويصح تقليده اي تقليد الفاسق اي
المسلم الذي اقدم على كبيرة او اصر على صغيرة وفيه
اشعار بان قضا المستور صحيح بلا ريب كما في القهستاني
وبان العدالة شرط الاولوية وهذا ظاهر الرواية
وفي النوادر عن اصحابنا انه لا يجوز قضاؤه كما في الاختيار
وهو قول الائمة الثلاثة ويجب ان لا يقلد الفاسق
القضا اذ لا يؤتمن عليه لقلة مبالاته بواسطة فسقه
حتى لو قلد كان المقلد اثما كما يصح قبول شهادته اي
شهادة الفاسق حتى لو قبل القاضي وحكم بها كان اثما لكنه
ينفذ وفي الدرر هذا اذا غلب على ظنه صدقه وهو

بما يحفظ ويجب ان لا تقبل شهادته وفي التمشي اجتماع هذه
الشرايط من الاجتهاد والعدالة وغيرها متعذر في
عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدالة فالوجه تنفيذ
قضا كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا
فاسقا قال قاضيخان ويصح تعليق تقليد القضا
والامارة بالشرط وكذا الاضافة الى وقت في المستقبل
وتعليق عزل القاضي بالشرط الصحيح كتعليق الوكالة
ولو كان في المصر قاضيان كل على محلة على حدة فالعبرة
للمدعي عند ابي يوسف وللمدعى عليه عند محمد وهو
الصحيح ولو فسق القاضي العدل باخذ الرشوة او غيرها
من الزنا او شرب الخمر يستحق العزل اي يجب على السلطان
عزله كما في البزازية وفي السراج يحسن عزله لوجود
سبب الاستحقاق ولا ينعزل في ظاهر المذهب وعليه
مشايخنا وهو الصحيح وعليه الفتوى كما في الواقعات
وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد
وهو عدل ينعزل بالفسق وهو قول الائمة الثلاثة
وفي الاصلاح وعليه الفتوى لكن في البحر وهو غريب ولم
اره والمذهب خلافه وتمامه فيه فليطالع وفي البزازية
لو شرط في التقليد انه متى فسق ينعزل انعزل وفيه اذا
ابن هنا م قال محمد لو فسق القاضي ثم تاب فهو على
قضائه كما اذا عمي ثم ابصر وكذا اذا ارتد العياذ بالله
ثم اسلم فتقيد بالقضا لان الفسق لا يمنع الامامة بالاخلاف
ازاء ولا ينعزل بالفسق وفي البحر الوالي كالقاضي فهو بمنزلة
القاضي يستحق العزل ولا ينعزل ولو حكم الوالي بنفسه
لم يصح لانه لم يفوض اليه ولو اخذ اي القاضي القضاء

بالرشوة لا يصير قاضيا اي بمال دفعه لتوليته وهو الصحيح
ولو قضى لم ينفذ وبه يفتى اذ الامام لو قلد برشوة اخذها
هو او قومه وهو عالم به لم يجز تقليده كقضائه برشوة
كما في البحر وغيره ولم ار حكم لو اخذ قومه وهو غير عالم به هل
يجوز تقليده ام لا وينبغي ان يجوز تقليده لان مفهوم
قوله وهو عالم به يقتضي جوازه اذا لم يعلم كما لو ارتشى
بنفسه وان بغير علمه ينفذ قضاؤه وعلى المرتشي رد ما
قبض وتقييده بالتولية لانه لو اخذ القاضي الرشوة
وقضى لا ينفذ قضاؤه فيها الذي ارتشى بالاجماع وحكي في
الفصول فيه اختلافا فقيل لا ينفذ فيما ارتشى وينفذ
فيما سواه وهو اختيار شمس الائمة وقيل لا ينفذ فيهما
وفي البحر فقضيه ارتشى او ارتشى ثم قضى او ارتشى ولا
لانه لما اخذ المال لابنه يكون عاملا لنفسه
او لابنه وان كتب اليه ليسمع الخصومة واخذ اجرة مثل
الكتابة ينفذ لانه ليس برشوة لما في فتاوى النسفي
يحل للقاضي اخذ الاجرة على كتبه السجلات والمحاضر وغيرها
لكل الف درهم خمسة دراهم وان كان اقل من الالف لكن
فيه من المشقة مقدار ما يكتفيه خمسة ايضا وفي الخزانة
وما قيل في الف من الثمن خمسة لا نقول به ولا يليق ذلك
بالفقه اصحابنا واي مشقة للكاتب في اخذ الثمن وانما اجر
مثله بقدر مشقته وبقدر عمله في صنعته ايضا كما انه
يستاجر الثقاب باجر كثير في مشقة قليلة واجرة
كتبة الحوالة على رب الدين واعلم ان ما دفع اما للتودد
وهو حلال من الجانبين واما لصيرورته قاضيا وهو
حرام منهما واما للخوف على نفسه او ماله وهو حرام على
الاخذ

الاخذ حلال للدافع وكذا اذا طمع في ماله فرشاه ببعض
المال ليفا ما ليسوي امره عند الوالي فان كان ذلك الامر
حراما فحرام على الجانبين وان حلالا لا فحرام على الاخذ ان
اشترط وحلال للدافع الا ان يستاجره مدة معلومة
بما يدفع اليه فانه حلال وان لم يشترط وطلب منه
ان يسوي امره واعطاه بعدما سوى اختلفوا قال
بعضهم لا يحل له الاخذ وقال بعضهم يحل هو الصحيح لانه
براه مجازاة الاحسان فيحل كما في الدرر والرشوة
لا تملك ولذا يلزم الاسترداد والفاسق يصلح مفتيا لانه
يجتهد حذرا عن النسبة الى الخطا وقيل لا يصلح لانه من امور
الدين وخبره غير مقبول في الديانات ورجحه صاحب البحر
فقال وظاهر ما في التحرير انه لا يحل استفتاؤه اتفاقا
فانه قال الاتفاق على حل استفتاء من عرف من اهل العلم
بالاجتهاد والعدالة او رآه منتصبا والناس يستفتونه
معظمين وعلى امتناعه ان ظن عدم احدهما فان جهل
اجتهاده دون عدالته فالمختار منع استفتائه بخلاف
المجهول من غيره اذ الاتفاق على المنع وتمامه فيه
فليطالع ويكتفي بالاشارة من المفتي لا من القاضي اذ
لا بد للقضاء من صيغة مخصوصة كحكمت والزمت او صح
عندي او ثبت او ظهر عندي او علمت على الصحيح ولا ينبغي
ان يكون القاضي فظا من الفظاظة وهي خشونة القول
غليظا اي شديدا في الكلام متفاحشا جبارا اي متكبرا
متبلا بقضي عنيدا اي مخالفا للحق لان القضاء دفع
الفساد وهذه الاشياء بعينها فساد وينبغي ان يكون
القاضي موثوقا به اي معتمدا عليه في دينه بالاحتراز عن

الحرام وعفافه لانه ملاك الدين وعقله لانه مدار التكليف
وصلاحه لانه في ضده الفساد وفهمه ليفهم الفساد
والخصومة وعلمه بالسنة والمراد بالسنة ما يثبت عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا وتقديرا عند امره
بعاينه والاثار وهي ما يروى عن الاصحاب رضي الله
عنهم ووجوه الفقه اي طرقه وقال مسكين ان الفقه
عند عامة العلماء اسم لعلم خاص في الدين لا لكل علم وهو
علم بالمعاني التي تعلقت بها الاحكام من كتاب وسنة
واجماع ومقتضيا نصا واشارتها وينبغي ان يكون
شديدا من غير عنف لان القضاء من اهم امور المسلمين
فكل من كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على
ما يصيبه من الناس كان اولى وينبغي للسلطان ان
يتفحص في ذلك ويولي من هو اولى منه لقوله عليه
السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى
منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين
وفي الاشباه فقد ظلم مرتين باعطاء غير المستحق ومنع
المستحق لكن في زماننا توجيه القضا الى المستحق غير
ممكن لقلته او لمانع يمنع حتى ابتليت بان اولي القضا
من غير من له الامر فلم اقدر ان اولي الاحق والاولى
تجاوز الله عني وعن سائر المسلمين بحرمة سيد
المرسلين صلاة الله على نبينا وعليهم اجمعين وكذا
المفتي يعني ينبغي ان يكون موصوفا بالصفات
المذكورة والاجتهاد شرط الاولوية في القاضي والمفتي
لا الجواز هو الصحيح تيسيرا وتسهيلا خلافا للائمة
الثلاثة وفي الفتح واعلم ان ما ذكر في القاضي ذكر في

المفتي

المفتي ولا يفتي الا المجتهد وقد استقر راي الاصوليين على
ان المفتي هو المجتهد واختلفوا في المجتهد فقيل ان
يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمها علم
يتعلق بها الاحكام منهما من العام والمشترك والمؤول والنص
والناسخ والمنسوخ ومعرفة الاجماع والقياس ولا يشترط
حفظ جميع القرآن ولا بعضه عن ظهر القلب بل ان
يعرف مظان احكامها في ابوابها فيراجعها وقت الحاجة ولا
يشترط في هذه العلوم ولا بد له من معرفة لسان العرب
لغة واعرابا والاعتقاد فيكفيه اعتقادا جازما ولا يشترط
معرفتها على طريق المتكلمين وادلتهم لانها صناعة لهم
ويدخل في السنة اقوال الصحابة فلا بد من معرفتها لانه قد
يقيس مع وجود قول الصحابي ولا بد من معرفة عرف الناس
فهذا معنى قولهم لا بد ان يكون صاحب قريحة فاما
غير المجتهد ممن يحفظ اقوال المجتهد فليس بمفت والواجب
عليه ان يذكر قول المجتهد كابي حنيفة على جهة الحكاية
فعرف ان ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس
بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي وطريق
نقله لذلك عن المجتهد احد الامرين اما ان يكون له سند
فيه او يأخذ من كتاب معروف تداولته الايدي نحو كتب
محمد بن حسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين
لانه بمنزلة الخبر المتواتر او المشهور وتمامه في البحر
فليطالع وفي الخزانة ان اختلاف ائمة الهدى توسعة
على الناس فاذا كان الامام في جانب وهما في جانب خير
المفتي وان كان احدهما مع الامام اخذ بقولهما الا اذا
اصطلح المشايخ على قول الآخر فيتبعهم كما اختار

الفقيه ابو الليث قول زفر في مسائل وصحح في السراجية ان
المفتي يفتي بقول الامام على الاطلاق ثم بقول ابي يوسف
ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد ولا يخير اذا لم
يكن مجتهدا واذا اختلف مفتيان يتبع قول الافقه وفي
الفتح وان خالف ابا حنيفة صاحباه فان كان اختلافهم
اختلاف عصر وزمان كالقضا بظاهر العدالة يأخذ بقول
صاحبيه لتغير احوال الناس وفي المزارعة والمعاملة
ونحوهما يختار قولهما ويجوز للشاب الفتوى اذا كان حافظا
للروايات واقفا على الدرايات محافظا على الطاعات مجانبا
للشهوات والعالم كبير وان كان صغيرا والجاهل صغير وان
كان كبيرا فيصح تقليد الجاهل عندنا لان المقصود من
القضا ايصال الحق الى مستحقه وهو بذلك يحصل بالعمل بفتوى
غيره ويختار ان لا يقلد الا الاحد والاولى لانه خليفة رسول
الله صلى الله عليه وسلم في القضا وفي الاصلاح وعند
الشافعي لا يصح تقليد الفاسق والجاهل وما قاله كان
محوطا في زمانه وفي زماننا الاحتياط فيما قلنا لان
في اشتراط العلم والعدالة سد باب القضا انتهى وكره
التقليد لمن خاف الحيف والعجز عن القيام به اي يكره
قبول تقليد القضا لخوف الجور وعدم اقامة العدل
لعجزه وفي هذا الوقال لمن خاف الحيف او العجز لكان
اولى لان احدهما يكفي كما في البحر ولا باس به اي
بالتقليد لمن يثق من نفسه باداء فرضه لان كبار
الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم اجمعين
تقلدوه وكفى بهم قدوة وقيل لا يجوز الدخول
مطلقا بلا اجبار لقوله عليه السلام من ابتلي

بالقضا

فان بيع اي الذهب بالفضة مجازفة ثم علم التساوي
قبل التفرق جاز وان بطل لاختلاف الجنس ولا يجوز
التصرف في بدل الصرف قبل قبضه اذ كل واحد منهما
ثمن من وجه وهذا القدر يكفي في سلب الجواز لان
الشبهات ملحقة بالحقيقة في باب الحرمات ثم فرع بقوله
فلو باع ذهبا بفضة واشترى بها اي بالفضة ثوبا قبل
القبض فسد بيع الثوب لفوات القبض الواجب في بدل
الصرف ولان الثمن في الصرف مبيع من وجه لعدم
الاولوية والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز قيل
لا نسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء اولى بالثمنية
واجيب بان ذلك في الاثمان الجعلية لا في الاثمان الخلقية
والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر ولو اشترى
امة تساوي الفا مع طوق من فضة قيمته الف بالفين
متعلق باشترى ونقد المشتري من الثمن الفا فهي ثمن
الطوق لان قبض ثمن الصرف واجب حقا للشرع وقبض
ثمن الامة ليس بواجب فالظاهر هو الاتيان بالواجب
ولو اشتراها اي الامة التي معها طوق بالفين الف
نقد والف نسيئة فالنقد ثمن الطوق لان التاجيل في
الصرف باطل وفي البيع جائز فيصرف الاجل الى الامة
دون الطوق اذ المباشرة على وجه الصحة
لا على وجه البطلان ولو اشتراها بالفين نسيئة
فسد في الكل فقيد بتاجيل البعض لانه لو اجل الكل فسد
البيع في الكل عند الامام وقالا يفسد في الطوق دون
الامة كما في البحر ومن اشترى سيفا حليته خمسون اي
تساوي خمسين درهما بمائة متعلق باشترى ونقد خمسين
فهو حصة الحلية وان لم يبين المشتري حصة

الحلية لان حصته الحلية يجب قبضها في المجلس والظاهر
من حال المسلم ان لا يترك الواجب فيحمل عليه وان لم
يبينه ولم ينوه او قال هي من ثمنها لان معنى قول المشتري
خذ هذا من ثمنها خذ بعضها من ثمن مجموعها وثمن الحلية
بعض ثمن المجموع فيحمل عليه طلبا للجواز وقيل معناه
خذ هذا على انه ثمن كل منهما وليس الحال كذلك فيكون
من قبيل ذكر الاثنين وارادة الواحد مجازا قال الله تعالى
نسيا حوتهما وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان
والمراد احدهما بخلاف ما اذا لم يذكر المجموع به للامكان
فهنا صورتان احدهما ان يبين ويقول خذ هذا نصفه
من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف والثانية ان يجعل
الكل من ثمن السيف ففيهما يكون المقبوض ثمن الحلية لانهما
شيء واحد فيجعل عن الحلية فصولا لمراده هكذا ذكره
الزيلعي وفي البحر معزيا الى المبسوط لو قال خذ هذه
الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الاخر نعم او قال
لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح
بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة
ولا مساواة بعد تصريح الواقع ليكون المدفوع ثمن
السيف خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المملك
فالقول له في بيان جهته وفي السراج لو قال هذا الذي
عجلته من ثمن السيف كان عن الحلية وجاز بيع لان السيف
اسم للحلية ايضا لانها تدخل في بيعه تبعا ولو قال
هذا من ثمن النصل والجفن خاصة فسد البيع لانه
صرح بذلك وازال الاحتمال فلم يكن حمله على الصحة
ويمكن التوفيق بان يحمل ما ذكره الزيلعي على ما اذا
قال من ثمن السيف فلم يقل خاصة فيوافق ما في السراج

واما ما

واما ما في المبسوط وانما قال خاصة وح كان قال خذ
هذا عن النصل فليتامل اقول مقيد بقوله بمائة لانه لو
باع بخمسين او اقل منها لم يجز للربا وان باعه بفضة لم يدر
وزنها لم يجز ايضا لشبهة الربا خلافا لزفر ففي ثلاثة اوجه
لا يجوز الجميع وفي واحد يجوز وهو ما اذا اعلم ان الثمن
ازيد مما في الحلية ليكون قدرها مقابلا لها والباقي في ما كان
مقابلة النصل خلافا للائمة الثلاثة هذا اذا كان
الثمن من جنس الحلية فان كان من خلافه يجوز كيف ما
كان لجواز التفاضل ولا خصوصية للحلية مع السيف بل المراد اذا
جمع الصرف غيره فان النقد لا يخرج عن كونه صرفا بانضمام
غيره وعلى هذا بيع المزركش والمطرز بالذهب او الفضة
وفي المبسوط وكان محمد بن سيرين يكره بيعه بجنسه وبه
نأخذ لاحتمال الزيادة والاولى بيعه بخلاف جنسه وان
تفرقا اي المتعاقدان بلا قبض شيء صح البيع في السيف
دونها اي دون الحلية ان تخلص السيف عن الحلية بلا ضرر
لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والامة والا اي
وان لم يتخلص بلا ضرر بطل البيع فيهما اي في السيف والحلية
لان حلية السيف يجب قبضها قبل الافتراق فاذا لم يقبضها
حتى افترقا فاته لفقد شرطه وكذا في السيف ان كان لا
يتخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر كالجذع في
السقف وفي البحر تفصيل فليراجع وان باع اناء فضة اي
بفضة او ذهب وقبض بعض ثمنه فافترقا قبل قبض
الباقي صح فيما قبض فقط لوجود شرطه وهو القبض قبل
الافتراق وبطل فيما لم يقبض لعدم وجود الشرط والاناء
مشترك بينهما لان العقد صرف وقع على كله اولا ثم طرأ

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. MANUSCRITS

السباد ما لم يقبض وهو لا يشيع علي ما وجد فيه القبض
فحصلت الشركة في الكل بالتراضي ولم يلزم تفرق
الصفقة قبل التمام لان صفقة الصرف تمت بالتقابض
ولو في البعض ولا خيار للمشتري بخلاف هلاك احد
احد العبدين قبل القبض كما في البحر وان استحق بعضه
اي بعض الاناء اخذ المشتري ما بقي بحصته او رده لان
الشركة عيب في الاناء لان التبعيض يضره وكان ذلك
بغير صنعه فيتخير بخلاف ما مر لان الشركة وقعت له
بصنعه وهو الافتراق قبل نقد كل الثمن فان اجاز المستحق
قبل فسخ الحاكم العقد وكان الثمن له يأخذه البائع من المشتري
ويسلمه اليه اذا لم يفترقا بعد الاجازة ويصير العاقد وكيلا
للمجيز فتتعلق حقوق العقد به دون المجيز مطلق في الخيار
يشمل ما قبل القبض وبعده كما في البحر ولو استحق بعض قطعة
نقرة وهي القطعة المذابة من الذهب او الفضة اشتراها
اخذ المشتري الباقي بحصته بلا خيار لان الشركة لم تثبت
بسبب في النقرة اذ لا يلزم الانتقاص بعد قبضها اما لو كان
قبل صحتها فله الخيار بالتبعيض فلم يتضرر المشتري بالشركة
في هذا لو كان الاستحقاق بعد قبضها اما لو كان قبل
قبضها فله الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام كما في
البحر والدرهم والدينار نظير النقرة لان الشركة في ذلك
لا تعد عيبا وصح بيع درهمين ودينار بدينار ودرهم
استحسانا عندنا لصرف الجنس بخلافه فتقابل الدرهمان
بالدينار والدينار بالدرهم وقال زفر والائمة الثلاثة
لا يجوز هذا العقد اصلا وصح ايضا بيع كر بر وكر شعير
بكري بر وكري شعير بان يجعل كري بر بكر شعير وكرا شعير
بكر بر وكر شعير وكر شعير بكر بر ولو صرفا الى جنسه فسد

وفي البحر

وفي البحر تفصيل في البدائع وصح بيع احد عشر درهما بعشرة
دراهم ودينار بان يجعل العشرة بمثلها والدينار بدرهم
تصحيحا للعقد وانما ذكرت هذه بعد التي قبلها وان كانت
قد علمت مما قبلها لبيان انه لا يشترط ان يكون الجنسان
طرفين بل لو كان في طرف واحد فكذلك وصح بيع درهم صحيح
ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة للتساوي
في الوزن وسقوط اعتبار الجودة وفيه خلاف زفر
والائمة الثلاثة ايضا وفي الاصلاح قد ذكر صاحب
الوقاية هنا مسايل من مسايل الربا ورددناها الي بابها
انتهى ويمكن الجواب بان بيان قد شرط التماثل في الصرف
فاراد ان الفضل المودي الي الربا قد ذكر مسئلة بيع درهمين
ودينار وبيع كر بر وبيع درهم صحيح في الصرف لان مبناه
على الجواز لا في باب الربا لكون مبناه على عدم الجواز وصح
بالاجماع بيع دينار بعشرة هي دين بعشرة عليه وتقع
المقاصة بنفس العقد لان الدين لم يجب بالعقد بل كان
ثابتا قبله وسقط باضافة العقد اليه ولا ربا في دين
سقط او بعشرة مطلقة اي صح استحسانا عندنا ان باع
الدينار ممن عليه عشرة دراهم ولكن لم يضف العقد الي ما في
ذمته بل الي عشرة مطلقة غير مقيدة بكونها عليه ان دفع
الدينار وتقاصا الثمن العشرة بالعشرة والقياس عدم الجواز
وهو قول زفر والائمة الثلاثة لكونه استبدالا ووجه
الاستحسان انهما لما تقاصا انفسخ الاول وانعقد صرف اخر
مضافا فتثبت الاضافة اقتضاء كما لو جدد البيع باكثر من
الثمن الاول ولعل هذا اذا كان الدين سابقا اما اذا كان
لاحقا فكذلك يجوز في اصح الروايتين وذلك باع دينارا بعشرة

ثم

بعشرة دراهم ثم باع مشتري الدينار دينارا منه بعشرة وتقاصا
ثم الظاهر ان قوله وتقاصا معطوف على قوله ان دفع
فيقتضي سقوط نون التثنية الا ان يقال انه استيناف
لكنه بعيد ولو قال فتقاصا بصيغة الماضي كما وقع في سائر
الكتب لكان اسلم تدبر وما غالبه الفضة او الذهب فهو
فضة وذهب لف ونشر مرتب حكما اي الحكم للغالب لان
الغش القليل لا يخرج الدرهم عن الدرهمية والدينار عن
الدينارية لان العقود المستعملة بين الناس لا تخلو منه
ثم فرع بقوله فلا يجوز بيع الخالصة اي بغالب الفضة او بغالب
او بغالب الذهب ولا بيع بعضه ببعض الا متساويا وزنا
استثناء من مجموع ما في حيز قوله فلا يجوز فلا يجوز استقراضه
الا وزنا كما في الجياد وما غلب عليه الغش منهما اي الخالص
على وجوه حلية السيف لانه اذا كان زيادة الخالصة
معلومة يجوز البيع لو تقابضا قبل الافتراق ويكون
الفضة بالفضة والزيادة في مقابلة هو النحاس وغيره
على مثال بيع الزيتون بالزيت اما اذا كانت الخالصة
مثل ما في المغشوش او اقل او لم يعلم ايهما اقل فلا يجوز
كما هو حكم حلية السيف على ما بيناه في موضعه ويصح
بيعه اي بيع الذي غلب غشه بجنسه متفاضلا صرفا
للجنس الى خلافه فيشترط التقابض في المجلس في الصورتين
لوجود الفضة من الجانبين ومتى شرط القبض في الفضة
اعتبر في النحاس لعدم التميز عنه الا بضرر هذا
اذا عرف ان الفضة تخلص عند اذابة المغشوش ولا تحترق
اما اذا عرف انها لا تخلص عند اذابة المغشوش
تحترق وتهلك كانت في حكم النحاس الا الصرف ولا يجوز بيعها

بجنسها

بجنسها متفاضلا وصح التبايع والاستقراض بما يروج منه
اي من الذي غلب غشه من الذهب والفضة وزنا ان
كان يروج وزنا او عددا ان كان يروج عددا او بهما اي
بكليهما ان كان يروج بهما لان المعتبر فيما لا نص فيه
العادة ولا يتعين بالتعيين ما دام يروج لكونه ثمنا
بالاصطلاح فان هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بهلاكه
ويجب عليه مثله ولو اشترى به اي بالذي غلب غشه
وهو نافق فكسد قبل النقد بطل البيع عنده اي الامام
لان الثمنية تثبت لها باصطلاح الاصطلاح فاذا كسدت
رجعت الى اصلها ولم تبق ثمنا فيبطل البيع لبقائه بلا
ثمن ويجب على المشتري رده للبيع ان كان قائما ومثله
او قيمته ان كان هالكا وقالا لا يبطل البيع لان الثمن
متعلق بالذمة والكساد عرض على الاعيان دون الذمة
ولما لم يتمكن من تسليم الثمن للكساد يجب قيمته وعن هذا
قال ويجب قيمته اي قيمة الذي غلب غشه يوم البيع
عند ابي يوسف لانه مضمون بالبيع فتعتبر قيمته في
ذلك الوقت كالمغصوب وفي الذخيرة الفتوى على قول
ابي يوسف وقيمته اخر ما تعومل به عند محمد اي قيمته يوم
ترك الناس المعاملة لان التحول من رد المسمى الى قيمته
اعتبارا بالانقطاع فيعتبر يومه وحد الكساد ان يترك
المعاملة بها في جميع البلاد وان كانت تروج في بعض
البلاد لا يبطل لكنه يتعيب فيتخير البائع وحد الانقطاع
ان لا يوجد في السوق وان وجد في يد الصيارفة او في
البيوت كما في البحر ولم يذكر فيما نقصت قيمتها قبل القبض
او غلت وفي التنوير ولو نقصت قيمتها قبل القبض

فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البايع وعكسه لو غلت
قيمتها وزادت فكذلك البيع على حاله ولا للمشتري يطالب
بنقد ذلك العيار الذي كان وقت البيع وما لا يروج منه
اي من الذي غلب غشه كالرصاصة والستوقة يتعين
بالتعيين لكن وان المقتضي للثمنية وهو الاصطلاح ثم
وينبغي للمصر ان يذكر عقيب قوله ولا يتعين بالتعيين
لكونه ثمنا كما وقع في سائر الكتب تتبع والمتساوي الغش
كمغلوبه في التبايع والاستقراض فلا يجوز البيع به ولا
اقراضه الا بالوزن بمنزلة الدراهم ولا ينقض العقد لان
الخالص فيه موجود حقيقة والمتصل مغلوبة فيجب
الاعتبار بالوزن شرعا الا اذا اتفق المبايعة كان بيانا
لقدره ووصفه ولا يبطل البيع قبل القبض ويعطيه مثله
لكونه ثمنا لم يتعين كما في البحر وكذا الصرف يعني المساوي
الغش كمغلوبه في الصرف انه حتى لا يجوز بيعه بجنسه
متفاضلا ولو باعه بالفضة الخالصة لم يجز حتى يكون
الخالص اكثر مما فيه الفضة لان وغلبة لاحدهما على الاخر
فيجب اعتبارها ويجوز بالفلوس النافقة وان وصلية لم
يتعين لانها اموال معلومة وصارت اثمانا بالاصطلاح فجاز
بها البيع فوجبت في الذمة كالنقدين ولا يتعين وان عينها
بخلاف ما اذا باع فلسا بفلسين باعيانهما حيث يتعين من
غير تصريح لانه لو لم يتعين لفسد البيع وهذا على قولهما
وعلى قول محمد لا يتعين وان نصهما واصله ان اصطلاح
العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل
ويحبطهما كما في البحر فان كسدت اي اشترى بها شيئا فكسدت
قبل التسليم فالخلاف في كساد المغشوش يعني يبطل

بهلاكه

يبطل

البيع

البيع عند الامام خلافا لهما كذا ذكر القدوري الخلاف
والذي في الاصل وشرح الطحاوي والاسرار البطلان من
غير ذكر الخلاف فسوى خلاف نقله كما في اكثر شراح الهداية
لكن في الفتح جواب في اصل ولا فرق بين كساد المغشوشة
وكساد الفلوس اذ كل منهما سلعة بحسب الاصل ثمن
بالاصطلاح فان غالبه الغش الحكم فيها للغالب فهو النحاس
مثلا فلو لم يقتصر على الخلاف في الفلوس وجب الحكم به
ولو استقرضها اي الفلوس فكسدت يرد مثلها اذا كانت
هالكة عند الامام واما اذا كانت قايمة فيرد عينها بالاجماع
لان الرد ودفع القرض جعل عين المقبوض حكما والا يلزم
مبادلة جنس بجنس نسية وانه حرام فلا يشترط فيها
الرواج وعند ابي يوسف قيمتها اي قيمة الفلوس يوم
القرض وعند محمد يوم الكساد وقول ابي يوسف ايسر
للفتوى لان يوم القبض يعلم بلا كلفة وقولهما نظر في
قول المستقرض لان قيمتها يوم الانقطاع اقل وكذا في حق
المقرض لان قيمتها يوم الانقطاع اقل وكذا في حق المقرض
بالنظر الى قول الامام لا الى المفتي لان يوم الكساد لا يعرف
الا بحرج ولا يجوز البيع بغير الثنا فقط ما لم تعين لانها
سلع فلا بد من تعيينها ومن اشترى بنصف درهم فلوس او دا
بفتح النون وكسرها سدس الدرهم يحتمل ان يكون عطفا
على درهم او على نصف وهو الظاهر فلوس او قيراط وهو
نصف الدانق فلوس جاز البيع عندنا وكذا بثلث درهم
او ربعه وعليه اي على المشتري ما يباع بنصف درهم
او دانق او قيراط منها اي من الفلوس فقوله من الفلوس بيان
ما يباع لان التبايع بعد امتعارف في التعامل معلوم

بين الناس لا تفاوت فيه فلا تؤدي الى النزاع واقتصر
المصنف على ما دون الدرهم لانه لو اشترى بدرهم فلوس
او بدرهمين فلوس لا يجوز عند محمد لعدم العرف وجوزه
ابو يوسف للعرف وهو الاصح كما في الكافي ولو دفع الى
صيرفي وهو من يميز الجودة من الرداءة درهمًا وقال اعطني
بنصفه فلوسًا وبنصفه نصفًا اي ما قرب من الفضة
ما يساوي وزن نصفه درهم الا حبة لتحقق الربا لانه باع
الفضة بالفضة متفاضلا ووزن الحبة فيسري الى البعض
الآخر وهو الفلوس لاتحاد الصفقة وعندهما صح البيع
في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة ولم يتكرر لعنده بتكرر
اللفظ اذ العقد يتكرر عندهما بتكرر اللفظ بتفصيل الثمن
حتى قال اعطني بنصفه فلوسًا واعطني بنصفه نصفًا الا
حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما كما في البحر
وعن هذا قال ولو كرر اعطني صح في الفلوس اتفاقًا لانه
لما كرر صار عقدين وفي الثاني ربا وفساد احد البيعين لا
يوجب فساد الآخر وفي المنح قال ابو النصر الاقطع هذا غلط
من الناسخ لان العقد عنده فاسد عند الامام وعندهما
جائز في الفلوس فاسد في قدر النصف الا حبة على اختلافهم
في الصفقة الواحدة اذا تضمنت الصحيح والفاسد وفي الفتح
اعتراض وجواب فليطالع ولو قال اعطني به اي بالدرهم
نصف درهم فلوس قال المولى سعدي قال ابن الهمام
يجوز في فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة لنصف
يجوز على رواية الجر ان يكون صفة للنصف والجر على
الجوار ونصفًا الا حبة صح في الكل والنصف والاولى بالفاء
التفريعية الا حبة بمثله والفلوس بالباقي لانه ذكر

الثمن

الثمن ولم ينقسم على اجزاء الثمن فيكون النصف الا حبة في مقابلة
مثله وما بقي من نصف وحبة في مقابلة الفلوس وفي التنوير
والاموال ثلاثة ثمن بكل حال وهو النقدان صحبته الباء او لا
قوبل بجنسه او لا ومبيع بكل حال كالثياب والدواب وثمن
من وجه ومبيع من وجه كالمثليات فانها ان اتصل بها الباء فهي ثمن
والا فمبيع واما الفلوس فان كانت رائجة الحقت بالثمن والا
فالحقت بسلعة ومن حكم الثمن عدم اشتراط وجوده في ملك
العاقد عند العقود وعدم بطلان العقد بهلاك الثمن
ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم وحكم المبيع خلاف
الثمن في الكل

كتاب الكفالة

عقب البيوع
بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالبًا ولانها
اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب
ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة وهي في اللغة
الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقرئ
بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله كافلا لها وضامنا
لمصالحها وفي الشرع ضم ذمة الى ذمة اي ذمة الكفيل الى ذمة
الاصيل في المطالبة اي في حق المطالبة وقيل في الدين والاصح ان الكفيل
والمكفول عنه صارا مطلوبين للمكفول له سواء كان المطلوب
واحدا او هو المطلوب من الآخر كما في الكفالة بالمال او لا كما
دون الكفيل باحضار النفس ولفظ المطالبة باطلاقه
يتناولها هذا على راي بعضهم وجزم مسكين في شرح
الكنز بان المطلوب منهما واحد وهو تسليم النفس فان
المطلوب عليه تسليم النفس والكفيل قد التزمه
اذا علمت هذا ظهر لك انه لا يحتاج الى صاحب الدرر

٢ عند العقد

في الكفالة بالنفس فان المطلوب من الاصيل الاحضار قد

بين الناس لا تفاوت فيه فلا تؤدي الى النزاع واقتصر
الصرع على ما دون الدرهم لانه لو اشترى بدرهم فلوس ثم
او بدرهم بين فلوس لا يجوز عند محمد لعدم العرف وجوزه
ابو يوسف للعرف وهو الاصح كما في الكافي ولو دفع الى
صيرفي وهو من يميز الجودة من الرداءة درهما وقال اعطني
بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا اي ما قرب من الفضة
ما يساوي وزن نصفه الا حبة لتحقق الربا لانه باع
الفضة بالفضة متفاضلا وزن الحبة فيشبه اي البعض
الاخر وهو الفلوس لاتحاد الصفقة وعندهما صح البيع
في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة لم يكرر لعقده بتكرر
اللفظ اي الصفقة بتكرر عندهما لا كلفظ بتفصيل الثمن
حتى قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا
حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما كما في البحر
وعن هذا قال ولو كرر اعطني صح في الفلوس اتفاقا لانه
لما كرر صار عقدين وفي الثاني ربا وفساد احد البيعين لا
يوجب فساد الاخر وفي المنح قال ابو النصر الاقطع هذا غلط
من الناسخ لان العقد فيه فاسد عند الامام وعندهما
جائز في الفلوس فاسد في قدر النصف الا حبة على اختلافهم
في الصفقة الواحدة اذا تضمنت الصحيح والفاسد وفي الفتح
اعتراض وجواب فليطالع ولو قال اعطني به اي بالدرهم
نصف درهم فلوس قال المولى سعدي قالوا انها م
يجوز في فلوس الجر صفة للدرهم والنصب صفة لنصف
يجوز على رواية الجر ان يكون صفة للنصف والجر على
الجوار ونصفا الا حبة صح في الكل والنصف والا في بالفا
التقريبية الا حبة بمثله والفلوس بالباقي لانه ذكر

الثمن

الثمن ولم يقسمه على اجزاء الثمن فيكون النصف الا حبة في مقابلة
مثله وما بقي من نصف وحبة في مقابلة الفلوس وفي التنوير
والاموال ثلاثة ثمن بكل حال وهو النقدان صحبه الباء او لا
قوبل بجنسه او لا ومبيع بكل حال كالثياب والدواب
وثمن من وجه ومبيع من وجه كالمثليات فانها ان اتصل بها الباء فهي ثمن
والا فمبيع واما الفلوس فان كانت رائجة الحقت بالثمن والا
والا فالحقت بسلعة من حكم الثمن عدم اشتراط وجوده في ملك
العاقد عند العقود وعدم بطلانه بهلاك الثمن
ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم وحكم المبيع خلاف
الثمن في الكل

كتاب الكفالة

عقب المبيع
بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالبا ولانها
اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب
ذكرها عقب البيوع التي هي معاوضة وهي في اللغة
الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقرئ
بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله كافلا لها وضامنا
لمصالحها وفي الشرع ضم ذمة الى ذمة اي ذمة الكفيل الى ذمة
الاصيل في المطالبة اي في حق المطالبة وفي المنح واصله ان الكفيل
والمكفول عنه صارا مطلوبين للمكفول له وسواء كان المطلوب
من احدهما هو المطلوب من الاخر كما في الكفالة بالمال او لا كما
دون الكفيل باحضار النفس ولفظ المطالبة باطلاقه
ينتظمها هذا على راي بعضهم وجزم مسكين في شرح
الكنز بان المطلوب منهما واحد وهو تسليم النفس فان
المطلوب عليه تسليم النفس والكفيل قد التزمه
اذا علمت هذا ظهر لك انه لا يحتاج الى صاحب الدرر

عند العقد

في الكفالة بالنفس فان المطلوب من الاصيل المال وقد

في مطالبة النفس او المال او التسليم لان المطالبة تشمل ذلك
انتهى لكن فيه كلام لان صاحب الدرر قال بعد ما اخترت
تعريفا صحيحا متنا ولا لجميع الاقسام صريحا ولا صحيح احد
فيما نقل صاحب البحر عن المسكين بل على طريق الشمول
ولكنه هو ما يكون بحكم ضم ذمة الى ذمة في المطالبة الاصح لان
الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة وكما تصح بالدين
تصح بالاعيان المضمونة بنفسها ولانه لما ثبت الدين في ذمة
الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وهو
قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما في
العناية وغيرها لكن كلام لان معنى قلب الحقائق عند
المحققين انقلاب واحد من الواجب والممتنع والممكن الى
الاخر والدين فعل واجب في الذمة وهو هنا تمليك
ما يبدل لا عن شيء كما في القهستاني ومنا المولى اخي جلبي
تعليل صاحب العناية يعطي عدم صحة الثاني مع ان
تستغني صيغة التفضيل صحة الاول الا ان يلغى معنى
الافضلية فيها كما صرح به في شرح المفتاح فكانه قال الصحيح
الاول فاندفع ما ذكره صاحب الدرر انتهى هذا مخالف
لاصطلاح الفقهاء فانهم لا يستعملون الاصح في مقابلة
الصحيح بل في مقابلة الصحيح تدبر ولا تصح الكفالة الا ممن
يملك التبرع لانه عقد تبرع ابتداء فلا تصح من القيد والصبي
والمجنون لكن العبد يطالب بعد العتق كما في الخلاصة
هذا بيان اهلها واما ركنها فايجاب وقبول بالالفاظ
الاتية ولم يجعل ابو يوسف في قوله الاخر القبول ركنا
فجعلها تتم بالكفيل وحده في المال والنفس وشرطها كون

المكفول

[illegible]

المكفول به مقدور التسليم من الكفيل وفي الدين كونه صحيحا
وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل بما هو على الاصيل نفسا
او مالا والمدعي مكفول له والمدعى عليه مكفول عنه ~
والنفس او المال مكفول به والمكفول عنه والمكفول به
في الكفالة بالنفس واحد وهي اي الكفالة ضربان كفالة
بالنفس وكفالة بالمال خلافا للشافعي في الكفالة بالنفس
اذ عنده لا تجوز الكفالة بالنفس في قول لانه عاجز عن
تسليم المكفول به حيث لا ينقاد له بل ربما يمنعه ويدافعه
بخلاف الكفالة بالمال لقدرته على مال نفسه ولنا قوله
عليه السلام الزعيم غارم وجه الاستدلال به انه ~
باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال لا غرم
في كفالة النفس لانا نقول الغرم لزوم ضرر عليه ومنه
قوله تعالى ان عذابها كان غراما ويمكن الكفيل بموجبه
بان يخلي بينه وبينه على وجه لا يقدر ان يمتنع عنه
او بان يستعين باعوان القاضي على تسليمه مع ان ~
الظاهر انه انما يتكفل بنفس من يقدر على تسليمه وينقاد
له وايضا الزام الشيء على نفسه يصح وان كان لا يقدر
على الملتزم عليه في الحال كما اذا قال لله علي الف حجة يلزمه
ذلك وان كان لا يعيش الف سنة فالاولى اي الكفالة
بالنفس تنعقد بكفلت بنفسه وبرقبته ونحوها اي نحو
الرقبة مما يعبر به عن جميع البدن عرفا كالبدن والجسد
والروح والوجه والعنق والفرج اذا كانت امراة بخلاف والعنق
اليد والرجل او بجزء شائع منه كنصفه او عشره او ثلثه
او ربعه او نحوها لان النفس الواحدة في حق الكفالة
لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها وفي السراج

أو أضاف الجزء إليه بأن قال الكفيل كفلت لك بنصفه أو ثلثه
فإنه لا يجوز وينعقد بضمنته أي بقوله ضمنت لك فلانا
لأنه تصريح بمقتضاه أو هو علي لأن كلمة على للالتزام
فكأنه قال أنا ملتزم تسليمه أو إلي لأن إلي بمعنى على قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته
ومن ترك كلا أي يتيما أو عيالا أو دينا فعلي أو أنا زعيم به
أو أنا زعيم لأن الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية
عن صاحب يوسف وأنا به زعيم أي كفيل أو قبيل به أي
بفلان لأن القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة
لأنه يحفظ الحق لا تنعقد بأنا ضامن لمعرفته لأنه
التزم معرفته دون المطالبة وقال أبو يوسف يصير ضامنا
للعرف وقال أبو الليث هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور
والظاهر ما عنهما وبظاهر الرواية يفتى كما في أكثر الكتب
وفي التنوير وينعقد بقوله أنا ضامن حتى تجتمعا
أو تلتقيا وتكون كفيلا إلى الغاية وقيل لا ينعقد لعدم
بيان المضمون هل هو نفس أو مال قيد بالمعرفة لأنه
لو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف
المشايخ والوجه اللزوم كما في البحر ولو قال أنا ضامن
لوجهه فإنه يتقيد به ولو قال أنا أعرفه لا يكون كفيلا
وكذا لو قال أنا كفيل لمعرفة فلان ولو قال معرفة فلان
علي قالوا يلزمه أن يدل عليه كما في الخانية ولو قال
فلان آشناى منست او آشناى تست صار كفيلا بالنفس عرفا وبه
يفتى كما في المضمرات وصح أخذ كفيل بعد آخر لأن حكم الكفالة
استحقاق المطالبة وهو يحتمل التعدد فالتزام الأول
لا يمنع التزام الثاني لأن المقصود منها التوثق وأخذ كفيل آخر

وآخر

التزام

وآخر زيادة في التوثق فتصحت الثانية مع بقاء الأولى وكذا
الثالثة فما فوقها وتجب فيها أي في الكفالة بالنفس على الكفيل
إحضار المكفول به وهو النفس إذا طلبه المكفول له وهو
المدعي وإلا يحضره فإذا لم يحضره أي إن لم يحضر الكفيل
المكفول به بعد الطلب بغير عجز حبس على صيغة المبني
للمفعول أي يحبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء ما وجب عليه
ولكن لا يحبسه أول مرة حتى يظهر مطله لأنه جزاء الظلم
وهو ليس بظالم قبل المطل هذا إذا أقر بالكفالة بالنفس
أما إذا أنكر وثبت بالبينة عند الحاكم فيحبسه أول مرة
في ظاهر الرواية وقال الخصاف لا يحبسه أول مرة ولو
ثبت بالبينة وقيدنا بغير عجز لأنه إن عجز فلا حبس بل يلازمه
الطالب فإن عين أي الكفيل وقت تسليمه أي المكفول به
لزمه أي الكفيل ذلك أي إحضار المكفول به فيه أي في الوقت
الذي عينه إذا طلبه المكفول له في ذلك الوقت أو بعده
لأنه التزمه كذلك فإن سلمه إليه قبل مجيء ذلك الوقت
برئ الكفيل وإن لم يقبله المكفول له لأنه التزم تسليمه
مرة وقد أتى به وفي المنح إذا كفل إلى ثلاثة أيام كان
كفيلا بعد الثلاثة ولا يطالب في الحال في ظاهر الرواية
وبه يفتى إذا قال أنا كفيل بنفس فلان من اليوم
إلى عشرة أيام صار كفيلا في الحال فإذا مضت العشرة
خرج عنها ولو قال أنا كفيل بنفسه إلى عشرة فإذا مضت
العشرة فأنا بريء قال ابن الفضل لا مطالبة عليه بها
لا قبلها ولا بعدها وقال أبو الليث الفتوى على أنه لا يصير
كفيلا به وهذه حيلة لمن يريد الكفالة ولا يريد أن
يصير كفيلا وفي الواقعات الفتوى على أنه يصير كفيلا

كما في البحر فان غاب المكفول به وعلم مكانه امهله الحاكم
مدة ذهابه وايابه وهو مقيد بما اذا اراد الكفيل السفر
اليه فان لم يحبسه للحال من غير امهال كما في البزازية فان
مضت المدة ولم يحضر حبسه الحاكم كما ذكرناه وان غاب
المكفول به ولم يعلم مكانه لا يطالب لانه عاجز وعلى هذا
اذا لحق الى باب الاثر ينبغي ان لا يطالب به لتحقق العجز
كما في الزاهدي وفي البحر ولا بد من ثبوت انه غائب لم يعلم
مكانه اما بتصديق الطالب او ببينة فان اختلفا ولا
بينة فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه
فان كان له خرجة معلومة للتجارة في كل وقت فالقول
للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع والا
فالقول للكفيل لتمسكه بالاصل وهو الجهل ولو علم ان
المكفول به ارتد ولحق بدار الحرب يؤجل الكفيل ولا يشترط باللحاق
بدار الحرب ~~يؤجل الكفيل ولا يشترط باللحاق في يده الحرب~~
وهو مقيد بما اذا كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا
وبينهم موادعة انهم يردون الينا المرتد وكل موضع
قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب ان يستوثق
بكفيل من الكفيل حتى لا يغيب الاخر وتبطل الكفالة
بالنفس بموت الكفيل لحصول العجز من الكل عن التسليم
بعد موته ووارثه لا يقوم مقامه فيما له لا فيما
عليه بخلاف الكفالة بالمال كما في الهداية وغيرها
لكن في السراج نقلا عن الكرخي لا تبطل بموت الكفيل
ويطالب وارثه باحضاره وتبطل بموت المكفول به
لامتناع التسليم ولو كان المكفول به عبدا اما قال
لتوهم ان العبد مال مطالب وكفل بنفس رجل اما اذا
كان

كان المدعي به نفس العبد لا يبرا وضمن قيمته دون
المكفول له بل يطالب وارثه او وصيه الكفيل اي اذا
مات المكفول له لم تبطل وسلمه الكفيل الى ورثته
فان سلمه الى بعضهم برئ منه خاصة وكذا قبض
مطالبته باحضاره فان كانوا صغارا فلوصيهم مطالبته
فان سلمه احد الوصيين برئ في حقه وللاخر مطالبته
وفي منظومة ابن وهبان انها تبطل بموت الطالب
والمعروف في المذهب خلافه كما في البحر ويبرا الكفيل بالنفس
اذا سلمه اي سلم المكفول به الى المكفول له بحيث يتمكن مخاصمته
كما اذا سلمه في مصر سواء قبله الطالب او لا وان وصله
لم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ لان موجب الدفع اليه
البراءة فتثبت وان لم ينص عليها كالمديون اذا سلم الدين
وفي اطلاقه شامل لما اذا قال سلمته اليك بجهة الكفالة
او لا ان طلبه منه واما اذا لم يطلبه منه فلا بد ان
يقول ذلك ويبرا بتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما
مقامه بتسليم المكفول به نفسه من كفالته هذا قيد
في الجميع يعني لا يبرا الكفيل حتى يقول المكفول به
سلمت نفسي اليك من الكفالة والوكيل والرسول
كالمكفول لا بد من التسليم عنه والا لا يبرا كما في المنح
فعلى هذا ظهر ضعف ما قيل من انه متعلق بتسليم
المكفول به نفسه تدبر هذا اذا كان بغير طلب اما اذا
كان بعد طلبه فلا يشترط ان يقول سلمته بحكم الكفالة
كما مر آنفا فينبغي لصاحب المنح المفضل ان يقيد
بالوكيل والرسول لانه لو سلم اجنبي بغير امر الكفيل
وقال سلمت اليك عن الكفيل فان قبله الطالب برئ

الكفيل وان سكت لا فان شرط تسليمه في مجلس القاضي فسلمه
في السوق اي في سوق المصر قالوا ابرا لحصول المقصود ونظر
اعوان الحاكم والمختار في زماننا انه لا يبرا سوا كان في سوق
ذلك المصر او في سوق مصر اخر وهو قول زفر وبه يفتى في
زماننا لتهاون الناس في اقامة الحق ولمعاونة الفسقة
على الخلاص منه والمراد بالتقييد بمجلس القاضي مقيد
وهذه احدى المسايل التي يفتى بقول زفر وان سلمه في
مصر اخر لا يبرا عندهما لانه قد تكون شهوده فيما عينه
او يعرف ذلك القاضي حادثته فلا يبرا بالتسليم في مصر
اخر ويبرا عند الامام ان كان فيه سلطان او قاض وكانت
غير مقيدة بمصر لامكان احضاره الى مجلس القاضي وفي
البحر نقلا عن القنية كفل بنفسه في البلد وسلمه في
الرساتيق صح ان كان فيها حاكم وقال العلامة التاجري
والبدري الظاهر انه لا يصح قال وجوابهما احسن لان
اغلب قضاة رساتيق خوارزم ظلمة فلا يقدر على
محاكمته على وجه العدل انتهى هذا في زمانهم اما في
زماننا فاكثر قضاة المصر مثل قضاة رساتيق خوارزم
اصلحهم الله بلطفه وكرمه وان سلمه في برية او في السواد
او في القرية التي ليس فيها حاكم لا يبرا لعدم حصول المقصود
وهو القدرة على المحاكمة وكذا لا يبرا لعدم حصول المقصود
ان سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب قيل هذا ان
كان حبسه في سجن حاكم اخر لعدم الامكان على المخاصمة
واما اذا كان في سجن قاض وقع مخاصمته بين يديه
فيبرا عن الكفالة سواء كان مسجونا له او لغيره لان الحاكم
قادر على الاحضار للخصومة ثم يعيده الى السجن

فان

فان كفل بنفسه على انه ان لم يوافِ به اي المكفول بنفسه فال
والفاء اي اتاه من الوفاء غدا فهو ضامن لما عليه فلم يواف
به غدا مع قدرته عليه لزمه اي الكفيل بالنفس ما عليه
من المال عندنا لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة اذ
الكفالة تشبه النذر ابتداء باعتبار الالتزام اذ لا ايجاب لم
وتشبه البيع انتهاء باعتبار الالتزام الا لا يجاب له
الرجوع فيكون مبادلة المال بالمال فان علق الكفالة
بغير ملايم مثل هبوب الريح لم تصح كالبيع وان بملايم
متعارف مثل عدم الموافاة في وقت صح كالنذر ومع ان
هذا التعليق ليس في وجوب المال بل في وجوب
المطالبة وقال الشافعي لا وصلية مات المكفول
به في الوقت قبل الحضور يضمن الكفيل المال اذ يثبت
بموته عدم الموافاة به ولو مات الكفيل قبل الحضور يضمن
وارثه المال ولو مات المكفول له يطالب وارثه ولا يبرا
الكفيل من كفالة النفس بوجوب الكفالة بالمال في هذه
المسئلة لانها كانت ثابتة قبلها ولا تنافي كما لو كفلها
وانما قلنا مع قدرته عليه لانه لو عجز لا يلزمه الا اذا
عجز بموت المطلوب كما في النهر وفي التنوير ولو اختلفا
في الموافاة فالقول للطالب والمال لازم على الكفيل
ومن ادعى على اخر مائة دينار بيَّنها اي بين صفته على
وجه تصح الدعوى بانها سلطانية او افرنجية او لم
يبينها فكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به اي
المكفول به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا لزمه
المائة عند الشيخين لتحقق الشرط لان الكفيل لما
عرف المال باللام حيث قال فعليه المائة يحمل على

ط
لا تصح لانه ايجاب المال بالشرط
فلا يجوز صح صح

يعني لو قال الكفيل وافيتك به فالقول
وقال الطالب لم توافني به فالقول للكفيل لان
للطالب والمال لازم على الكفيل فالقول
سبب وجوب المال التزام المال بالكفالة
الا ان الموافاة بشرط البراءة فلا تثبت
بقول الكفيل كذا في الخانية

[illegible]

على الاصل وهو الشهد فينصرف الى المال الذي على
المدعى عليه فيخرج عن كونه مال الرشوة لان
المدعي لم يعين مال المدعي في غير مجلس القضا تحرزا عليه
عن خلية خصمه فان بين قبل الكفالة فحكم ظاهر
وان بين بعدها يلتحق الى الجمل فصار كما كان المال
مبينا عند الدعوى قبل الكفالة في تبيين صحة الكفالة
الاولى ويترتب عليها الاخرى ويكون القول قوله
في البيان اذا اختلفا فيه لانه يدعي صحة الكفالة
خلافا لمحمد فقيل عدم الجواز عنده بنا على انه اطلق
المال ولم يقل المال الذي على المدعى عليه فعلى هذا
لا فرق بين بيان المدعي المال وعدم بيانه وقيل بناء
على انه لما لم يبين المدعي لم تصح الدعوى فلم يستوجب
احضاره المدعى عليه الى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة
بالنفس فلا يجوز الكفالة بالمال لابتنايها عليها فعلى
هذا ان بين تكون الكفالة صحيحة ونقل في الفتح
عن قول ابي يوسف اختلاف فليطالع ولا يجبر على
اعطا الكفيل بالنفس في حد وقصاص يعني لو طلب
مدعي القصاص وحد القذف من القاضي ان ياخذ
كفيلا بنفس المدعى عليه حتى يحضر البينة فالقاضي
لا يجبره على اعطا الكفيل كساير الحدود عند الامام
مطلقا لقوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير
فصل ولانه مبنى الحدود كلها على الدرء بالشبهة فلا يجب
على استيثاقها بالكفالة فان سمحت به نفسه اي لو
تبرع المدعى عليه باعطا الكفيل بلا طلب في حد
القذف والقصاص صح بالاجماع لان تسليم النفس
واجب

واجب عليه للطالب فيجوز اعطا الكفيل بتسليم نفسه
له وقالا يجبر في القصاص لان الغالب فيه حق العبد
وحد القذف لان فيه حق العبد ان لم يقدر على
الاعطا يامر معه لا بالحبس وهو المراد بالجبر ههنا
عندهما ولحق البعض حد السرقة بهما بجعله في ساير
الحدود لانها خالصة حقه تعالى ومندرءات بالشبهات
فلا حاجة الى الجبر على اعطا الكفيل للاستيثاق في حقه
تعالى بالاتفاق ويجب في دعوى القتل بالخطا على
الاعطا والجبر به لان موجبه المال وكذا يجبر في
التعزير وان شهد عليه اي على المدعى عليه مستوران
اي غير معلوم فسادهما في حد او قود حبس وكذا الحبس
ان شهد عدل واحد يعرفه القاضي بالعدالة لان عليه
الحبس هنا للتهمة والتهمة تثبت باحدى شطري الشهادة
وهو العدد في المستورين والعدالة في الواحد بخلاف
الحبس في الاموال لانه غاية عقوبة فيها فلا يثبت الا بحجة
كاملة واذا لم يقدر المدعي على اقامة البينة بما ادعاه
ولا على اثبات التهمة حتى قام القاضي عن مجلس القضا
خلى سبيله خلافا لهما في رواية هذه المسئلة عنهما
روايتان في رواية يحبس ولا يكفل كما بيناه وفي رواية
يكفل ولا يحبس لعدم ثبوت القذف او القود بالحجة
التامة وصح الرهن والكفالة بالخراج اذ الامام وظفه
الى وقت محيح على ما تراه بدلا عن منفعة حفظ
المال فيصير دينا في الذمة ويجوز فيه الكفالة بالنفس
بناء على صحة الكفالة بالخراج هو للمال بخلاف الزكاة
لانها ليست من الديون المطلقة لسقوطها بالموت

ثم شرع في الكفالة بالمال فقال والكفالة بالمال صحيحة
ولو كان المال مجهولا اذا كان ذلك المال دينا صحيحا
وصحتها بالاجماع وصحت مع جهالة المال لبنائها على
التوسع فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المال بعد
ان كان دينا صحيحا والدين الصحيح دين لا يسقط الا
بالاداء او الابراء وهو احتراز عن بدل الكتابة وسياتي
وفي الاصلاح والمراد من الابراء ما يعم الحكمي وهو ان
يفعل فعلا يلزمه سقوط الدين فلا يرد النقض
بدين المهر لان سقوطه بمطاوعتها لابن زوجها من
قبيل الابراء بالمعنى المذكور وفي المنح ومما يشكل على
هذا الاصل الكفالة بالنفقة المفروضة غير المستدانة
فانها صحيحة مع ان دين النفقة ليس بصحيح لانها
تسقط بموت احدهما او بالطلاق ولم ار من اجاب عنه
هنا والظاهر انه اخذ فيه بالاستحسان للحاجة
اليه لا بالقياس وقيد بجهالة المال للاحتراز عن
جهالة الاصيل والمكفول له لانها مانعة وتمامه في البحر
فلنطالع بتكفلت متعلق بقوله صحيحة عندنا اي عن
فلان بالف درهم هذا نظير ما كان معلوما او بمالك
عليه اي بالذي ثبت لك عليه اي فلان هذا نظير
ما كان [illegible] لك عليه مجهولا او بكفلت بما
يدركك اي يلحقك في هذا البيع من ضمان الدرك
وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع او ضمان المبيع
الى الحقيقة فالمكفول به مجهول لاحتمال الاستحقاق
الكل او البعض فيضمن الكفيل الكل او البعض وفي
السراج فاذا استحق المبيع كان له ان ياخذ الثمن
من ايهما

من ايهما شا وللمكفول له ان يخاصم الكفيل اولا في ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف انه له ذلك واجمعوا ان المبيع لو ظهر حرا
كان له ان يخاصم ايهما شا وكذا يصح لو علقها اي الكفالة
بشرط ملايم اي لشرط موافق وهو ان يكون الشرط
سببا لوجوبه وعبر عنه بالشرط مجازا كشرط وجوب
الحق نحو ما بايعت فلانا اي ان بعت شيئا من فلان فاني
ضامن للثمن لا لما اشتريته فاني ضامن للمبيع لان
الكفالة بالمبيع لا تجوز فما شرطية كما بعده وهذا من
امثلة الكفالة بالمجهول وفي المبسوط ولو قال اذا بعته
شيا فهو علي فباعه متاعا بالف درهم ثم باعه ذلك بالف
درهم لزم الكفيل الاول دون الثاني لان حرف اذا لا
يقتضي التكرار بخلاف كلما ومهما ومثل اذا متى وان ولو رجع
الكفيل عن هذا الضمان بان نهاه عن مبايعته ثم باعه
ذلك لم يلزمه شيء وانما قال مما بايعت لانه لو قال بايع فلانا
على انما اصابك من خسران فعلي لم يصح او ما غصبك اي
ان غصب منك فلان فعلي هذا من امثلة المجهول ايضا
وفي البحر لو قال ان غصبك فلان ضيعتك فانا ضامن
لم يجز عند الشيخين وعند محمد يجوز بناء على ان غصب
العقار لا يتحقق عندهما خلافا له او ما ذاب اي ثبت
او وجب من الذوب لك عليه اي كلا على فلان شيء فعلي
او ان استحق المبيع فعلي جواب المبيع اي ان استحق
المبيع المستحق فعلي الثمن فان استحقاق المبيع شرط
وجوب الحق في ذمته وجاز التعليق لملايمته الشرط
وكشرط امكان الاستيفاء نحو ان قدم زيد فعلي ما
عليه وهو اي زيد المكفول عنه فان قدومه سبب

ونهاه صح

موصل للاستيفا منه قيد بكون زيد مكفولا عنه لانه اذا
كان اجنبيا كان التعليق به كما في هبوب الريح وتمامه
في البحر فليطالع وكشرط تعذر الاستيفا كقوله ان غاب
زيد اي المكفول عنه عن البلد ففي ما عليه غيبته
سبب لتعذر الاستيفا فهو من جملة الشروط التي
يجوز تعليق الكفالة بها ثم الاصل فيه ان الجهالة في
المال المكفول به لا يمنع صحة الكفالة وجهالة المكفول له
او المكفول عنه يمنع حتى لو قال من غصبك من الناس
او بايعك او قتلك فانا كفيل له عنه او من غصبته انت
او قتلته فانا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت
الجهالة في المكفول عنه يسيرة مثل ان يقول كفلت لك
بما لك على احد هذين فانه يجوز فالتعيين الى صاحب
الحق كما في التبيين وان علقها اي الكفالة بمجرد الشرط
اي بالشرط المجرد عن الملائمة كهبوب الريح ومجي المطر
بطل التاجيل فتصح الكفالة ويجب المال على الكفيل
حالا كما في الهداية ولا يصح التعليق بمجرد الشرط
كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحدا
منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان
الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة
كالطلاق والعتاق وفي التبيين هنا سهو فان الحكم
فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط
غير ملائم فصار كما علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس
بملائم ذكره قاضيخان وغيره وعن هذا اجاب بعض الفضلا عنه
لكن لا يخلوا عن التعسف بل اذا تاملت حق التامل
ظهر لك ان السوال باق على حاله ولا يندفع [illegible]

الا

الا ان يقال يمكن الجواب بان قوله الا انه تصح الكفالة
ويجب المال حالا قيد بقوله وكذا اذا جعل واحدا منهما
اجلا فقط فالمعنى لا يصح التعليق بمجرد الشرط ولا تصح
الكفالة ايضا وكذا لا يصح التاجيل اذا جعل واحدا منهما
اجلا فانه تصح الكفالة ويجب المال حالا لا يقال انه منقوض
بقوله لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لانه اراد بالتعليق
بالشرط التاجيل مجازا اي باجل متعارف فلا يلزم المحذور
وتندفع الاشكال تدبر وللطالب مطالبة اي مطالبة
كفيله واصيله اي يثبت الخيار في المطالبة ان شا طالب
الاصيل وان شا طالب الكفيل وان شا طالبهما معا لان
موجب الكفالة اذ هي تنبئ عن الضم كما مر وذلك تقتضي
قيام الذمة الاولى لا البراءة الا اذا شرط براءة الاصيل
فتكون حوالة كما ان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل
كفالة لان العبرة في العقود للمعاني ولذا لا للالفاظ
والمباني ولو طالب الطالب احدهما كان له مطالبة الاخر
بخلاف الغصب منه اذا اختار احد الغاصبين لان
اختيار احدهما يتضمن التمليك منه عند قضا القاضي
به ولا يمكنه التمليك من الاخر بعد واما المطالبة بالكفالة
لا تقتضيه ما لم توجد منه حقيقة الاستيفا فان كفل بما
عليه فبرهن الطالب على الف لزمه اي لزم الالف الكفيل
لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا او لا يكون قول الطالب
حجة عليه كما لا يكون حجة على الاصيل لانه مدع وان لم
يبرهن الطالب صدق الكفيل فيما اقر به مع يمينه اي
فالقول للكفيل فيما يقر به مع يمينه على نفي العلم لا على
البتات كما في الايضاح وصدق الاصيل في اقراره باكثر

مما اقربه الكفيل على نفسه خاصة لا على المكفول لانه
اقر او على الغير وقيد بماله عليه لانه لو كفل بما ذاب
اي حصل لك على فلان او بما ثبت فاقر المطلوب بمال لزم
الكفيل اما لو ابى الاصيل من اليمين فالزمه القاضي
فلم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار كما في البحر
فان كفل بلا امره اي المكفول عنه لا يرجع الكفيل عليه
اي على المكفول عنه بما ادى عنه لانه متبرع باداته
بغير رجوع خلافا لمالك وان وصلية اجازها اي
الكفالة المكفول عنه بعد العلم لان الكفالة لزمته
وتقدمت عليه بغير امره غير موجبة للرجوع فلا
تنقلب موجبة لنفاذها اذا اجاز بعد المجلس اما
اذا اجاز في المجلس فانها تصير موجبة للرجوع كما في
العمادية وان كفل بامره رجع عليه بما ادى عنه لانه
قضى دينه بامره معناه اذا ادى ما ضمن اما اذا
ادى خلافه بان كان الدين المكفول به جيدا فادى
رديا او بالعكس فان رجوعه بما ضمن لا بما ادى لانه
ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب ومعنى الامر
ان يشتمل كلامه على لفظة عني كان يقول اكفل عني
او اضمن عني لفلان فلو قال اضمن الالف التي لفلان
علي لم يرجع عليه عند الاداء لجواز ان يكون القصد
ليرجع او لطلب التبرع فلا يلزم الا بما في البحر والمستثنى
من الامر امر من يصح امره شرعا فلا رجوع على الصبي
والعبد المحجور اذا ادى كفيلهما بالامر لعدم صحته
منهما ولكن يرجع على العبد بعد عتقه فلا رجوع على
الصبي مطلقا ولا يطالبه اي لا يطالب كفيل اصيلا

بما

بما ادى قبل الاداء الى المكفول له لان الموجب للمطالبة هو
التملك ولا تملك قبل الاداء ويملكه بعده فيرجع فان
لوزم الكفيل من جهة الطالب فله اي للكفيل ملازمته
اي ملازمة المكفول عنه حتى يخلصه وهو مقيد بما اذا
كانت الكفالة بامره وان حبس الكفيل فله حبسه اي
الكفيل ان يحبس المكفول عنه لانه ما لحقه كان لاجله
فله ان يعامله بمثله هذا اذا لم يكن على الكفيل للمطلوب
دين مثله والا فلا يلازمه ولا يحبسه كما في السراج ويبرا
الكفيل باداء الاصيل لان براءة الاصيل توجب براءته
لانه ليس عليه دين في الصحيح وانما عليه المطالبة
فيستحيل بقاؤها بلا دين كما ذكره الزيلعي تبعا للهداية
وظاهره ان القائل بان الكفيل عليه دين لا يبرا باداء
الاصيل وليس كذلك بل يبرا اجماعا لان تعدد الدين
عند القائل به حكمي فيسقط باداء واحد كما في البحر وان
ابرا الطالب الاصيل وهو المطلوب او اخر الطالب عنه
اي الاصيل بان اجل دينه برئ الكفيل في الصورة الاولى
وتاخر الدين عنه اي عن الكفيل يعني يتاخر حقه
ايضا لانه ليس عليه الا المطالبة وهي تتبع الدين فيسقط
بسقوطه ويتاخر بتاخره بخلاف ما اذا تكفل بشرط
براءة الاصيل ابتداء حيث يبرا الاصيل دون الكفيل وفي
السراج ويشترط قبول الاصيل البراءة فان ردها
ارتدت وهل يعود الدين على الكفيل فيه قولان وموت
الاصيل كقبوله وفي القنية براءة الاصيل انما توجب
براءة الكفيل اذا كانت بالاداء وبالابراء فان كانت
بالحلف فلا وان ابرا الطالب الكفيل او اخر الدين عنه

اي عن الكفيل لا ابرا الاصيل ولا يتاخر عنه اي عن الاصيل
اذ الاصيل منه اذ الاصول لا تتبع الفروع في الوصف
والا يلزم عكس الموضوع فان كفل بالدين الحال موجلا
الي وقت اي الي شهر مثلا يتاجل عن الاصيل ايضا لانه
لا مطالبة علي الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف
الاجل الي الدين كما في التبيين ولو صالح الكفيل الطالب
عن الالف علي مائة بريا اي الاصيل والكفيل لانه اضاف
الصلح الي الالف الدين علي الاصيل فيبرا عن تسعماية
فبراته توجب براة الكفيل ثم بريا جميعا عن المائة
باداء الكفيل ورجع الكفيل بها اي بالمائة فقط علي
الاصيل ان كفل بامره اذ بالاداء ملك ما في ذمة الاصيل
فا مستوجب الرجوع بخلاف الابرا لان بالابرا يسقط
الدين فلا يملكه الكفيل فلا يرجع وان صالح الكفيل الطالب
الطالب عن الالف بجنس اخر كالثوب وغيره رجع
الكفيل علي الاصيل بالالف كله لان هذا الصلح يكون
مبادلة فيصير الالف بمقابلة الثوب فيملك ما في ذمة
الاصيل فيرجع بكله عليه وتوضيحه ان الالف في الاصل
في ذمة الاصيل ثم انتقل عنه وثبت في ذمة الكفيل حين
اخذ الطالب منه فيصح تمليك الطالب الدين الالف
من الكفيل لكونه تمليك الدين ممن عليه الدين وكذا يصح
التملك من الكفيل بالهبة اذا اذن له بالقبض فصار
كانه اخرجه عن الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهب
فيصير تمليك الدين ممن عليه الدين من الكفيل مسلطا
علي الدين في الجملة وان صالح الكفيل عن موجب الكفالة
وهو المطالبة علي شي بشرط ابرا الكفيل خاصة بري

هو

هو اي الكفيل فقط دون الاصيل لان ابرا الكفيل عن
الكفالة يصير فسخا للكفالة لا اسقاطا لاصل
الدين وان قال الطالب للكفيل بالامر بريت الي من
المال رجع الكفيل علي اصيله لان البراة التي ابتداوها
من المطلوب وانتهاوها الي الطالب لا تكون الا
بالايفا فيرجع فصار كاقراره بالقبض منه او الدفع
اليه واستفيد منه براة المطلوب للطالب لاقراره
للكفيل كما في المنح وكذا هي يرجع الكفيل علي اصيله في
قول الطالب بريت دون الي خلافا لمحمد لان البراة
تكون بالاداء والابرا فيثبت الادني وهو الابرا ولا
يرجع الكفيل للشك وفي قول الطالب للكفيل ابراتك
لا يرجع الكفيل الي الاصيل لان ابرا لا ينتهي الي غيره
وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفا قيل هذا ما
ذكرنا اذا كان الطالب غايبا واذا كان الطالب حاضرا
يرجع اليه في البيان في الكل لانه هو المجمل حتي في بريت
الي الاحتمالات لا الي ابراتك مجازا وان كان بعيدا في
الاستعمال كما في النهاية قيد بقوله بكذا لانه لو كتب
في الصك بري الكفيل من الدراهم التي كفل بها كان
اقرارا بالقبض عندهم جميعا كقوله بريت الي يقتضيه
العرف بين الناس ان الصك يكتب علي الطالب بالبراة
اذا حصلت بالايفا وان حصلت بالابرا لا يكتب الصك
عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند
الابرا كما في المنح ولا يصح تعليق البراة عن الكفالة
بالمال بالشرط مثل اذا جاء غد فانت بري من الكفالة
بالمال او جا غد لا يبرا عنه كما عنهما اذ شرط باطل وكفالته

جائزة كسائر البراءات لان في الابراء معنى التمليك والتمليكات
لا تقبل التعليق بالشرط لكونه قمارا هذا ظاهر على قول
من يقول بثبوت الدين على الكفيل وعلى قول غيره ان
تمليك المطالبة كتمليك الدين لانها وسيلة اليه وكذا
لا يجوز تعليق براءة الاصيل لان معنى التمليك فيه
ظاهر اذ المال واجب عليه بخلاف تعليق البراءة من الكفالة
بالنفس اذ ليس فيه معنى التمليك لانه مجرد اسقاط
ويروى انه يصح لانه عليه المطالبة دون الدين في
الصحيح وكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد
ابراء الكفيل بالرد بخلاف الاصيل كما في الهداية وعن
هذا قال والمختار الصحة اي صحة تعليق البراءة عن
الكفالة فقيل المراد بالشرط شرط المحض الذي لا منفعة
للطالب فيه كدخول الدار ومجيء الغد لانه غير
متعارف اما اذا كان متعارفا فانه يجوز كما في تعليق
الكفالة لما في الايضاح الكفيل بالمال والنفس لو
قال ان وافيتك غدا فانا بريء من المال فوافاه غدا
برئ من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة
بالمال وكذا اذا علق البراءة باستيفاء البعض يجوز
او علق البراءة عن الكفالة عن البعض بتعجيل البعض
يجوز كما في المبسوط شيخ الاسلام فعلم ان فيه
اختلاف الروايتين فرواية عدم الجواز محمول على
ما اذا كان غير متعارف كما في البحر ولا يجوز الكفالة بما
تعذر استيفاؤه شرعا من الكفيل كالحدود والقصاص
مطلقا بالاجماع لعدم امكان ايجابهما على من تكفل لعدم
جريان النيابة في العقوبة بخلاف الكفالة بنفس من
عليه

اصلاح

عليه الحد والقصاص كما مر وفي هذا لا يلزم الاستدراك
بما مر كما قيل ولا يجوز الكفالة بالاعيان المضمونة
بغيرها كالمبيع في البيع الصحيح بعينه قبل القبض
والمرهون بعد القبض ولا يجوز الكفالة بالامانات
كالوديعة والمستعار والمستاجر بنفسه الجميع ومال
المضاربة والشركة لان من شرط صحة الكفالة ان يكون
المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج
عنه الا بدفعه او دفع بدله ليتحقق معنى الضم فيجب
على الكفيل والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه وانما
هو مضمون بالثمن الا يرى انه لو هلك لا يجب عليه شيء
بل ينفسخ البيع وكذلك الرهن غير مضمون عليه بنفسه
وانما يسقط دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على
الكفيل وهو ليس بواجب على الاصيل وكذا الامانات
ليس بمضمونة على الاصيل لا عينها ولا تسليمها فلا يمكن
جعلها مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها ولا يجوز
الكفالة ببدل غير صحيح كبدل الكتابة لانه في معرض
الزوال فلا يكون دينا صحيحا حر كفل به اي بالدين
او عبد وانما قال لدفع توهم ان كفالة العبد به ينبغي
ان تصح لانه يجوز ثبوت هذا الدين عليه لان العبد
محل الكتابة فخصه وكذا بدل السعاية عند الامام
لان المستسعى حر مديون عندهما ولا يجوز الكفالة
بحمل على دابة معينة مستاجرة للحمل او بخدمة عبد
معين مستاجر للخدمة لعجز الكفيل عن تسليم الحمل على
دابة معينة لانها ملك الغير ولو حمل على دابة اخرى لا
يستحق الاجر اذ لو حمل الموجر على الدابة الغير المعينة

بل مضمون بغيرها وهو الثمن

بل بغيرها وهو الدين

كالمكاتب عنده فلا تصح الكفالة ببدلها وعندهما تصح لان المستسعى حر

لا يستحق الاجر فيثبت العجز في هذه الصورة بالضرورة
وكذا العبد للخدمة بخلاف غير المعين لعدم العجز عن
تسليم العمل اذ يمكنه العمل على اي دابة كانت لان المستحق
هو العمل لا العين والغرض هو الاجر ولا يجوز الكفالة
عن ميت مفلس يعني اذا مات من عليه دين ولم يترك
شيا فكفل عنه للغرما رجل لم تصح عند الامام لانه كفل
بدين ساقط في حق احكام الدنيا بالضرورة اذ لم يترك
مالا ولا كفيلا به والكفالة بالساقط لا يجوز وهو ان
المتبرع محمود على ان الدين باق في حق الدين خلافا
لهما فان عندهما يجوز الكفالة لان الدين لما كان
ثابتا في حياته لا يسقط الا بالاداء او بالابرا ولم
يوجد شي منهما فبقي عليه وكذا الطالب به في الاخرة
حتى من تبرع بقضائه يجوز لما روي انه عليه السلام
اتي بجنازة رجل من الانصار فسال هل عليه دين قالوا
نعم درهمان او دينار فامتنع من الصلاة فقال صلوا
على اخيكم فقام ابو قتادة فقال هما علي يا رسول الله
فصلى عليه ولا يجوز الكفالة بلا قبول الطالب في
المجلس اي في مجلس عقد الكفالة سوا كفل بالنفس
او بالمال عند الطرفين وقال ابو يوسف يجوز مع
غيبته اي غيبة الطالب اذا بلغه خبر الكفالة فاجاز
كسائر تصرفات الفضولي وفي بعض نسخ المبسوط
لم يشترط الاجازة وهو الاظهر عنه لانه تصرف التزام
فيستبد به الملتزم ولهما ان فيه معنى التمليك وهو
تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا فالموجود
شطره فلا يتوقف على ما ورا المجلس الا ان يصل عن

(بالايجاب والكفيل)

الطالب

الطالب فضولي فانه تصح وتتوقف على اجازته وللكفيل ان
يخرج نفسه عنها قبل اجازته كما في الحقايق وغيره وبه
علم ان قبول الطالب بخصوصه انما هو شرط النفاذ
واما اصل القبول في مجلس الايجاب فشرط الصحة فعلى
هذا ان المص لو ترك قوله الطالب لكان اولى كما في
الاصلاح وفي الدرر الفتوى على قول الثاني كما في تلخيص
الجامع الكبير وفي البزازية لكن في انفع الوسايل على قولهما (الفتوى)
وفي تصحيح الشيخ قاسم والمختار قولهما عند المحبوبي ثم
والنسفي وغيرهما ولهذا اقدمه المص تدبر فقيد بالانشاء
لانه لو اخبر عن الكفالة حال غيبة الطالب يجوز اجماعا
فان قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي فكفل الوارث
مع غيبة الغرما جاز اتفاقا وان كان القياس ان لا يجوز
لان الطالب غايب ولا يتم الضمان الا بقبوله وجه الاستحسان
ان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول
لهم ولهذا تصح قالوا انما تصح اذا كان له مال او قيل انه
قايم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع
الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما تصح بهذا اللفظ
ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة
ظاهرا في هذه الحالة ولو قاله اي المريض هذا لاجنبي
اختلف فيه المشايخ فمنهم من قال بالجواز تنزيلا له منزلة
الطالب ومنهم من قال بعدمه لان الاجنبي غير مطالب
بقضاء دينه بلا التزام وكان المريض والصحيح سوا والاول
اوجه كما في المنح وتمامه في البحر فليطالع ولا يجوز الكفالة
بالاعيان المضمونة بنفسها عنده خلافا للشافعي في قول
في الاعيان لكن المناسب للمص ان يذكر عقيب قوله ولا يجوز

بالاعيان المضمونة بغيرها كالمقبوض على سوم الشرا
اي على طلبه بعد تسمية الثمن لانه مضمون عليه حتى اذا
هلك عنده يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه
فامكن ايجابه على الكفيل والمغصوب لانه مضمون بعينه
فان كان المضمون عينا قائما فيلزم الضامن احضارها
وتسليمها وقيمتها ان هلكت وان كان المضمون مستهلكا
فالمضمون قيمته والمبيع بيعا فاسدا لان المقبوض
في البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلك يجب
عليه قيمته ويجوز الكفالة بتسليم المبيع الى المشتري
والمرهون الى الراهن والمستاجر بفتح الجيم الى المستاجر
بكسر الجيم لان تسليم العين واجب على الاصيل فامكن
التزامه فصار نظير الكفيل بالنفس لانه ما دام قائما
يجب عليه تسليمه وان هلك برئ وقيل ان كان
تسليمه واجبا على الاصيل كالوديعة ومال المضاربة
والشركة لا تجوز الكفالة بتسليمه كذا في التبيين
ويجوز الكفالة بالثمن لانه دين صحيح مضمون على
المشتري كساير الديون **فصل** ولو دفع
الاصيل المال الى كفيله قبل دفعه الى الطالب قبل دفع
الكفيل الى الطالب لا يسترده اي لا يسترد الاصيل
المال المدفوع منه اي من الكفيل لانه تعلق به حق
القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة
ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها الى الساعي
وانما ينقطع هذا الاحتمال بادا الاصيل بنفسه
فاذا ادى بنفسه يسترد من الكفيل ما اخذه ولانه
ملكه بالقبض وفي اطلاقه شامل لما اذا كان الدفع

على وجه

على وجه الرسالة بان قال خذ هذا المال واعط الطالب
فلا يسترد لكنه لا يملكه بالقبض لمحضه امانة في يده
وان دفعه على وجه القضا بان قال له اني لا آمن
ان ياخذ الطالب حقه منك فانا اقضيك المال
قبل ان تودي يملكه تكون رسالة والفرق بينهما انما هو من
جهة ملك المدفوع للقابض وعدمه واما ما قاله
الفاضل ابن الشيخ في شرح الوقاية من انه لو دفع على وجه
الرسالة فله ان يسترده لانه محض امانة في يده فمخالف
لاكثر المعتبرات كما لا يخفى تدبر ايامه فهذا لو اخذ الكفيل
منه رهنا قبل ان يودي عنه جاز ولو ابراه الكفيل
او وهبه قبل الادا عنه صح حتى لو ادى كما في البحر وما
ربح فيه الكفيل فله اي للكفيل يعني ان الربح الذي
حصل في هذا المال بمعاملة الكفيل حلال طيب له ولا
يتصدق به لما ذكر انه حصل على ملكه ولا فرق بين
ان يكون قضا الدين هو او قضاه الاصيل كما في البحر
وهو مقيد بما اذا قبضه على وجه الاقتضا واما اذا
قبضه على وجه الاقتضا واما اذا قبضه على وجه الرسالة
فانه لا يملكه فلا يطيب له الربح على قولهما وعند ابي
يوسف يطيب له ورده اي يرد الربح الى المطلوب ندبا
ان كان المدفوع شيئا يتعين كالبر يعني اذا كانت
الكفالة بكر بر فقبضه الكفيل من المكفول عنه وباعه
وربح فيه فالربح للكفيل لكن يستحب له ان يرده على
المكفول عنه ولا يجب عليه عند الامام في رواية الجامع
الصغير وهذا اذا قضى الاصيل الدين خلافا لهما
اي قالا هو له ولا يرده وهو رواية عن الامام وعنه

واثار الرات بالكفالة صار الكفيل على الاصيل دينا لو كفل صح

ان يتصدق به تقيد بما يتعين لان نحوهما لا يتعين لا يستحب
رده على المطلوب وهل يطيب للاصيل اذا رده الكفيل
عليه قال في العناية ان كان الاصيل فقيرا طاب له
وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه ان يطيب لانه
انما يرد عليه على انه حقه ولو امر الاصيل الكفيل ان
يتعين عليه اي يشتري ثوبا بطريق العينة بكسر
العين ففعل الكفيل فالثوب للكفيل والربح الذي
حصل للبائع يكون عليه اي الكفيل لا الامر بيانه ان
الاصيل امر الكفيل بان يشتري له ثوبا باكثر من القيمة
ليقضي به دينه بطريق العينة مثل ان يستقرض من تاجر
عشرة فيابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة
بخمسة عشر مثلا نسيئة في الزيادة ليبيعه المستقرض
بعشرة ويحصل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن
الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة
الاقراض مطاوعة لمذموم البخل قيل هذا ضمان لما
خسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس
بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان المبيع غير المتعين
وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين
وكيفما كان فالمشترى للمشتري وهو الكفيل
والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد كما في الهداية
وفي العناية ومن الناس من صور للعينة صورة
اخرى وهو ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما
ثالثا في الصورة التي ذكرها صاحب الهداية
فيبيع صاحب الثوب الثوب باثني عشرة من المستقرض
ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم
الثوب

الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة
ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المستقرض فتندفع
حاجته وانما توسط بثالث احترازا عن شراء ما باع
باقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك
وهو مذموم اخترعه اكلة الربا وقد ذمهم رسول
الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال اذا تبايعتم
بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم
عدوكم وقيل واياكم والعينة فانها لعينة انتهى لكن
هذا مخالف لما في الخانية حيث قال بعد تصويرها
يقول رجل له على رجل عشرة دراهم فاراد ان يجعلها
ثلاثة عشر الى اجل قالوا يشتري من المديون شيئا
بتلك العشرة ويقبض ثم يبيع من المديون بثلاثة
عشر الى سنة فيقع التحرز عن الحرام ومثل هذا مروي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال بعد تعدد
الصور لا بأس وهذه الحيلة هي التي ذكرها محمد قال
مشايخ بلخ بيع العينة في زماننا خير من البيوع التي
في اسواقنا انتهى التحرز اولى ومن كفل لاحد عما ذاب
له على غريمه او عما قضي له به عليه فغاب الغريم فبرهن
الطالب على الكفيل بان له على الغريم الفا لا يقبل برهانه
على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه فيقضي عليه لان
المكفول به مال مقضي اذ لا يقضي به الا عليه لان ذاب
بمعنى وجب ولم يجب هنا للطالب على الغائب مال
شرعا وكذا لو اقر الكفيل لا يلزمه المال لانه بالاقرار
لا يثبت الوصف المذكور بل بالقضاء وهو منتف اذ لم
يتعرض الطالب لقضاء القاضي بالمال لدى دعواه ولا في

اقامته حتى لو تعرض وقال قدمت المطلوب بعد الكفالة
الى فلان القاضي واقمت عليه بينة بالف وقضى لي
عليه بذلك يقضي بالف على الكفيل وعلى الغايب حتى
لو اقر الكفيل لزمه الالف في هذه الصورة ولو
برهن الطالب ان له على زيد الغايب وهذا كفيله
اي بهذا المال بامره قضي به عليهما اي على الكفيل
والاصيل ففي المسئلة قيود معتبرة الاول ان الكفالة
مقيدة بهذا المال والثاني ان هذا المال المكفول
به غير مقيد بان قضي به على المكفول عنه بعد الكفالة
بل هو مال مطلق وبهذا القيد تمتاز هذه المسئلة
عن المسئلة السابقة اذ المكفول هنا مقيد بقضا
القاضي والثالث ان هذه الكفالة مقيدة بانها
بامر الاصيل اذ الامر يتضمن الاقرار بالمال فيصير
مقضيا عليه واما اذا لم يكن بامره فهي لا تتضمن
الاقرار فالقضا على الكفيل لا يتضمن القضا على
الاصيل كما اشار اليه بقوله ولو بلا امره قضي على
الكفيل فقط لا على الاصيل فليس للكفيل حق الرجوع
على الاصيل بخلاف الكفالة بامره فان له حق الرجوع
عليه بعد اداء المال خلافا لزفر لانه لما انكر كان زعمه
ان هذا الحق غير ثابت بل المدعي ظالم فلا يكون له ان
يظلم غيره قلنا الشرع كذبه فبطل زعمه وفيه تنبيه
على ان القضا على الغايب جايز اذا كان الاثبات على
الحاضر متضمنا له فكم من شي يثبت ضمنا ولا يثبت
اصالة اذ التعدي الى الغايب في ضمن القضا بالامر
ضروري وقال في الكفاية قال مشايخنا وهذا طريق

من اراد

من اراد اثبات الدين على الغايب ثم قال وكذا الحال من ادعى
على اخر حقا لا يثبت عليه الا بالقضا على الغايب كان
الحاضر خصما عن الغايب وضمن الدرك للمشتري عند البيع
تسليم اي تصديق من الكفيل بان المبيع ملك البايع
يبطل طلبه الابطال دعوى الضامن على المشتري المبيع
فمنع دعواه بعد ذلك لان هذا الضمان ترغيب للمشتري
في الابتياع دعوى للكفيل لنفسه بعد ذلك للتناقض حتى
لا يسمع طلب الشفعة منه ولو فرض صحة دعواه لرجع
المشتري عليه بحكم الكفالة فلا يفيد اذا كان تسليما
ولا يصح دعواه بعد هذه لو كتب شهادته على البيع وختم
اي وضع خاتمه على عادة السلف على الصك متعلق
بكتب وختم على سبيل التنازع كتب فيه صفة صك
باع ملكه او باع بيعا باتا نافذا اذ البيع على هذا الوجه
لا يكون الا في ملكه فالدعوى لنفسه بعد الاقرار لغيره
تناقض فلا تسمع وانما قلنا على عادة السلف لانهم كانوا
يختمونه بعد كتابة اسمايهم على الصك خوفا من التغيير
والتزوير والحكم لا يختلف بين ان يكون الصك مختوما
او غير مختوم وفي المنح الختم امر كان في زمانهم والمنهي هذا
في زماننا فيه نتبعهم باع ملكه او باع بيعا باتا لانه
لو كتب شهادته في صك بيع مطلق عن قيد الملكية
فكونه نافذا او باتا لا يكون تسليما بل تسمع بعده دعوى
الملكية اذ ليس فيه ما يدل على اقراره بالملك للبايع
لان البيع قد يصدر من غير المالك ولعله كتب
الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم فانه مقيد
بما ذكر كما في المنح بخلاف ما لو كتب اي شهادته على

قوله والترغيب بمنزلة الاقرار بملك البايع فلا تصح صح

اقرار العاقد بالثمن فانه لا يكون تسليطا اذ لا يتعلق به حكم
وانما هو مجرد اخبار ولو اقر ان فلانا باع شيئا كان له
ان يدعيه وضمان الوكيل بالبيع الثمن للموكل باطل يعني
اذا باع رجل لرجل ثوبا بامره ثم ضمن الثمن عن المشتري
للآمر لا يصح وكذا ضمان المضارب الثمن لرب المال باطل
يعني اذا باع المضارب مال المضاربة ثم ضمن الثمن لرب
المال لا يصح لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما
فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه اذ حقوق العقد
ترجع اليهما فلا يصح ضمانهما بخلاف ما لا ترجع اليه
الحقوق كالوكيل بالنكاح وفيه ان ضمن المهر للمرأة وبيع
الغنائم من قبل الامام ان ضمن الثمن والرسول بالبيع
ان ضمن الثمن لان كل واحد منهما سفير ومعبر فيصح ضمانهم
وكذا الوكيل بقبض الثمن اذا ضمن الثمن عن المشتري للموكل
يصح وكذا ضمان احد الشريكين حصة شريكه من ثمن
ما باعاه صفقة واحدة باطل يعني لو باع رجلان ثوبا
من رجل صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته
من الثمن بطل الضمان لانه لو صح مع الشركة يصير ضامنا
لنفسه فلو صح في نصيب صاحبه لادى الى قسمة الدين
قبل قبضه وذا باطل وصح ضمان احد الشريكين لو
بصفقتين لان الصفقة اذا تعددت فما يجب لكل منهما
بعقده يكون له خاصة الا يرى ان المشتري لو قبل
نصيب احدهما ورد الآخر صح وضمان الدرك صحيح
لانه ضمان الثمن عند ورود الاستحقاق لانه المفهوم
فيما بين الناس فكان المضمون معلوما وهو المعتاد
عند الوفاء بما التزم فصح وضمان الخراج صحيح لما مر انه

بالقضا فكانما ذبح بغير سكين فقد روي ان الامام دعي
للقضا ثلاث مرات فابى حتى حبس وجلد كل مرة ثلاثون
قال له ابو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه
شبه المغضب فقال لو امرت ان اقطع البحر سباحة
لكنت اقدر عليه فقال ابو يوسف البحر عميق والسفينة
وثيق والملاح عالم فقال الامام كاني بك قاضيا وذكر
البزازي في مناقبه اقوالا حاصلها ان الامام لم يقبل
القضا ومات على الترك وانه احس بموته وسجد فخرجت
روحه ساجدا سنة خمسين ومائة [illegible] نوحه
وزاده في اعلى الجنات فتوجه ومن غريب ما وقع انه
جيء بجنازته فازدحم الناس فلم يقدروا على دفنه الا
بعد العصر واستمر الناس يصلون على قبره الشريف
عشرون يوما وكم من صلى عليه خمسون الفا وفي الهداية
والكافي والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة
العدل بحيث عدل ساعة خير من عبادة سنة والترك
عزيمة لانه مامور بالقضا بالحق وربما يظن في الابتدا
انه يقضي بالحق ثم لا يقدر عليه في الانتها ولانه لا يمكنه
القضا بالحق الا باعانة غيره ولعل غيره لا يعينه ومن
تعين له اي القضا وتعين القضا له فرض عليه
صيانة لحقوق العباد ودفعا لظلم الظالمين وفي البحر
انه فرض عين ان تعين للاهل وفرض كفاية عند وجود
غيره يعني ان كان في البلد قوم صالحون له فامتنعوا
عنه اثموا كلهم ان لم يقدر السلطان على فصل القضايا
ولا يطلب القضا ولا يسأله اي من صلح للقضا ينبغي ان
لا يطلب بقلبه ولا يسأل بلسانه لما روي انه عليه السلام

قال من سأل القضا دكل الي نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه
ملك يسدده ويلهمه الرشد ويوفقه للصواب وكذا لا
يسال الامارة ويجوز تقليده من السلطان الجاير
اي الظالم لان عامة السلف تقلدوا القضا من الحجاج مع
انه اظلم زمانه ومن اهل البغي وهم الذين خرجوا عن
طاعة الامام لان الصحابة تقلدوه من معاوية في نوبة
علي رضي الله عنه وكان الحق بيد علي وقد قال علي رضي الله
عنه اخواننا بغوا علينا قال ابو الليث المتغلب اذا ولي
رجلا قضا بلدة وقضى ذلك القاضي ولا يختلف فيه ثم رفع
الى قاض اخر فان وافق رايه امضاه وان خالف
ابطله فهي بمنزلة حكم الحاكم وفي العمادية التقلد من
اهل البغي يصح وبمجرد استيلا الباغي لا ينعزل قضاة العدل
ويصح عزل الباغي لهم حتى لو انهزم الباغي بعد ذلك
لا ينفذ قضاياهم بعد ذلك ما لم يقلدهم سلطان العدل
ثانيا لان الباغي صار سلطانا بالقهر والغلبة الا اذا
كان لا يمكنه من القضا بالحق استثنا من قوله الجاير واهل
البغي اي يجوز تقليده الا اذا لم يمكن الجاير واهل البغي
من القضا بالحق فح لا يجوز لان المقصود لا يحصل بالتقلد
بخلاف ما اذا كان يمكنه واذا تقلد احد القضا بعد عزل
الاخر يسال ديوان قاض قبله وهو الخرايط التي فيها السجلات
والمحاضر وغيرها من الصكوك وكتاب نصب الاوليا وتقدير
النفقات لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة
فيجعل في يد من له ولاية القضا يكتب نسختين وهذا
لان القاضي يكتب نسختين احدهما في يد الخصم والاخرى
في ديوان القاضي اذ ربما يحتاج اليه لعيبه من الغايب
وما في

وما في يد الخصم لا يؤمن عليه من الزيادة والنقصان
فان كان الورق من بيت المال فلا اشكال في وضعه
في يد القاضي الجديد وكذا من مال الخصوم او من مال
القاضي في الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث
القاضي الجديد امينين من ثقاته وهو احوط والواحد
يكفي يقبضانها اي الخرايط بحضرة المعزول او امينه
ويسالانه شيئا فشيئا للكشف لا للالزام على التغيير
ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة فما كان فيها نسخ
السجلات يجمعان في خريطة وما كان من نصب الاوليا
يجمعان في خريطة وما كان من نسخ الاوقاف يجمعان
في خريطة وما كان من الصكوك يجمعان في خريطة
فيكون اسهل للتناول وينظر القاضي الجديد في حال
المحبوسين لانه نصب ناظرا للمسلمين والمراد المحبوس
في سجن القاضي فيبعث القاضي ثقة يحصيهم في السجن
ويكتب اسمايهم واخبارهم وسبب حبسهم ومن حبسهم
فمن اقر بحق او قام عليه به اي بالحق بينة الزمه لان كلا منهما
حجة ملزمة وليس المراد الزمه الحكم عليه وانما المراد الزمه الحبس
اي ادام حبسه واقامه في الحبس فلينظر لم ولا يعمل بقول المعزول
كما لو قال حبسته بحق عليه لا يقبل قوله وكذا لو قال كنت
حكمت عليه لفلان بكذا وعلله في الدرر بانه صار كواحد
من الرعايا وشهادة الواحد ليست بحجة خصوصا اذا كان فيه
نفعا للنفس والاشهاد عليه اياما فان حضر بعد ما ادعى هو
على انكاره انفذ الحكم بينهما والا نادى عليه في ذلك اياما على
حسب ما يرى القاضي ثم يخلي سبيله اي ان لم يحضر احد بعد
الندا لكن بعد ما استظهر في امره وفيه الاحتياط وان لم

بحيث لا يخليه حتى يستظهر في امره فياخذ منه كفيلا بنفسه
على الصحيح اتفاقا فان قال لا كفيل لي فينادي شهرا فان لم
يحضر احد اطلقه ويعمل اي يعمل القاضي الجديد في الودائع وغلات
الوقوف التي وضعها المعزول في ايدي الامناء بالبينة او باقرار
ذي اليد لان اقراره غير مقبول فيد بغلات الوقف لانه
لا يعمل باقرار ذي اليد في اصل الوقف اذا جحده الوارث فلا بينة
ولو قال المعزول ان هذا وقف فلان ابن فلانة سلمته الى
هذا او اقر ذو اليد وكذبه الوارث لم يقبل قول القاضي وذو
اليد ان لم تقم عليه البينة كما في البحر لا يقبل قول المعزول الا اذا
اقر ذو اليد بالتسليم منه اي من المعزول اذ باقراره ثبت ان
اليد كانت للمعزول سابقا فصح اقرار المعزول كانه في يده
حالا لان من كان بيده حقيقة يقبل اقراره بهذا اذا كان
في يد مودعه لان يده كيد المودع الا اذا بدا صاحب اليد
بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي اليه والقاضي يقر به لغيره
فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضي بالاقرار وجعل
صاحب الغاية وغيرها هذه المسئلة على خمسة اوجه فليراجع
ويجلس القاضي للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد بحيث [illegible] الناس
انه يجلس لفصل الخصومات لا للعبادة اخرج لان النبي عليه السلام
جلس فيه للحكم وقال انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم تسوي
بينهما فكان القضاء عبادة فلا منع لحضور المشرك فيه لان نجاسته
في اعتقاده لا في ظاهره والحائض تمنع عن الدخول لكن تقطع
خصومتها في باب المسجد والجامع اولى من المسجد لانه غير
خفي على الغرباء وغيرهم هذا اذا كان الجامع وسط البلد
والا فيختار الاوسط منها وقال الشافعي يكره الجلوس للقضاء
في المسجد لانه يحضره المشرك وهو نجس ولو جلس في داره واذن

الناس

الناس في الدخول فيها اذنا عاما ولا يمنع احدا لان لكل احد حقا
في مجلسه فلا باس به لان الحكم عبادة فلا يختص بمكان لكن
الاولى ان تكون الدار في وسط البلد ويجلس معه من كان
معه في المجلس ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة ويبعد عنه
الاعوان اهيب ولا يحكم وهو ماش او قائم او مشغول
[illegible] ويجوز ان يحكم وهو متكئ لكن القضا مستويا
الجلوس افضل تعظيما لامر القضا ويستحب ان يقعد معه
اهل العلم ان لم يكن عالما باحوال القضا لكن لا يشاوره عند
الخصومة بل يخرجهم او يبعدهم ثم يشاوره وينبغي للقاضي
ان يعتذر للمقضي عليه ويبين له وجه قضائه ليكون
ذلك ادفع لشكايته للناس ولنسبته الى الجور عليه ومن
يسمع يخيل فربما تفسد العامة عرضه بريء وينبغي للقاضي انه
اذا اختصم اليه اخوان او بنوا الاعمام ان لا يعجل بالقضاء
عليهم فيردهم قليلا كي يصطلحوا لان القضا ولو بحق ربما
يكون سببا للعداوة وفي البزازية تقضي القاضي بحق ثم امره
ان يستانف القضية ثانيا بمحضر من العلما لا يلزمه ذلك [illegible]
القاضي ولا يقبل اي القاضي هدية ولو قليلة لان قبولها
يؤدي الى مراعاة المهدي فان كان المهدي يتاذى بالرد
يقبلها ويعطيه مثل قيمتها كما في الخلاصة الا ان له ان لا
يردها من قريبه وهو ذو الرحم المحرم لان في ردها عليه
قطيعة رحم وهي حرام او ممن جرت عادته بها اذا انه خصومة ولم ان لم يكن له حاجة
يزد على العادة في الثاني وقيده في الاسلام بان لا يكون مال
للمهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله لا باس بقبوله وفي البحر
وللقاضي ان يقبلها من السلطان ومن حاكم بلده واقتصر في
التاتارخانية عن من تولاه وفي الخانية ويجوز للامام

للامام والمفتي فيقول الهدية واجابة الدعوة الخاصة ويحضر
الدعوة العامة لكونها للقضا الا اذا كان صاحبها لعامة
احد الخصمين لا الخاصة لانها جعلت لاجله ولم يفصل في الخاصة
بين ان يكون من اقربائه ومن غيره ما اذا اجيب له عادة
بهما او بغيرها قبل القضا وان كان بينه وبينه
قرابة يجيبه بلا خلاف كذا ذكره في الخصاف وذكر الطحاوي ان
قولهما لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد
يجيب وهي اي الدعوة الخاصة ما لا يتخذ ان لم يحضر القاضي
فان علم المضيف ان القاضي اذا لم يحضرها لا يتركها فعامة
وقيل ان جاوز العشرة فعامة والا فخاصة وقيل دعوة
العرس والختان عامة وما سواهما خاصة ويشهد الجنازة
ويعود المريض لان هذا من حق المسلم على المسلم ففي الحديث
للمسلم على المسلم ست حقوق اذا دعاه يجيبه واذا مرض يعوده
واذا مات يحضره واذا لقيه يسلم عليه واذا استنصحه ينصحه
واذا عطس يشمته وهو لا يسقط بالقضا لكنه لا يمكث في
ذلك المحل هذا اذا لم يكن المريض احد الخصمين وان كان
احدهما ينبغي ان لا يعوده ويجلس مرحبا وكانيا عبدا لا له
معرفة بالفقه ويجلس بناحية عند القاضي حيث يراه حتى
لا يخدع بالرشوة ويسوي القاضي بين الخصمين جلوسا اي
من حيث الجلوس بين يديه غير متربعين ولا متقعيين
ولا محتبيين ويكون بين القاضي وبينهما قدر ذراعين
من غير ان يرفعا اصواتهما وتقف اعوان القاضي بين
يديه ويمنعوا الناس عن التقدم اطلق التسوية بينهما
فشمل السلطان والشريف والوضيع والاب والابن
والصغير والكبير والذمي والعبد والحر انما قلنا بين يديه
لانه

۲ يعلم اذا تقدم نحو وفي الكافي وان كان بين القاضي وبين المصنف

لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي
فتفوت التسوية وكذا لو اجلس احدهما عن يمينه والاخر
عن يساره لان جانب اليمين افضل وفي البحر نقلا عن
الفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان
مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي ان يقوم من مكانه
ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي
بينهما وحكي ان ابو يوسف وقت موته قال اللهم انك تعلم
اني لا اميل الى احد الخصمين حتى القلب الا في خصومة
النصراني مع الرشيد ولم اسو بينهما وقضيت على الرشيد
ثم بكى واقبالا ونظرا لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم
بالقضا فليسو بينهم في الجلوس والنظر والاشارة ولا يرفع
صوته على احد الخصمين دون الاخر لان في عدم التسوية
كسر قلب الاخر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه اي لا يتكلم
القاضي احد الخصمين سرا ولا يشير اليه بيده ولا براسه
ولا بعينه ولا بحاجبه ولا يلقنه احد الخصمين دون الاخر
ففيه اشارة الى انه لو اضافهما معا فلا باس ولا يضحك اليه
اي الى احدهما ولا يمزح معه اي مع احدهما ولا يتخذ به فلا يلقنه
حجته لان هذه الاشيا كلها تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان
فيه كسرا لقلب الاخر ويكره تلقينه اي تلقين القاضي
الشاهد بقوله اتشهد بكذا لان الشاهد يستفيد من قول
القاضي زيادة علم فيقوى لكانه فهي تهمة واستحسنه اي
التلقين ابو يوسف في غير موضع التهمة لانه قد يعجز لعلم
مكان ان يشهد لهيبة المجلس وهو نوع رخصة عنده ورجع
اليه بعدما تولى القضا والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو
عن نوع تهمة وفي الفتح وظاهر الجواب ترجيح ما عن

ابي يوسف وفي القنية الفتوي علي قول ابي يوسف فيما يتعلق
بالقضا لزيادة تجربته واما افتا القاضي فالصحيح انه لا باس
به في مجلس القضا وغيره لكن لا يفتي احد الخصمين فيند
بالشاهد لانه لا يلقن المدعي بالاولي وفي الخانية فان امر
القاضي رجلين ليعلماه الدعوي والخصومة فلا باس به
علي قول ابي يوسف ولا يبيع القاضي ولا يشتري في مجلسه
اي في مجلس القضا واطلقه في البحر فقال ولا في غيره هو
الصحيح لان الناس يتساهلون لاجل القضا هذا كان يكفي
المونة من بيت المال ويعامل من يحابيه والا لا يكره ولو باع
مال المديون او الميت لا يكره ولا يعامل لا ذهابه هيبة
القضا فان عرض للقاضي هم او نعاس او غضب او جوع
او عطش او حاجة حيوانية كف عن القضا قال عليه السلام
لا يقضي القاضي وهو غضبان وفي رواية وهو شبعان
ولانه يحتاج الي التفكر وهذه الاعراض تمنع صحة التفكر
فلا يومن علي الوقوع في الخطا ويكره له صوم التطوع
يوم القضا لانه لا يخلو عن الجوع ولا يتعب نفسه بطول
الجلوس ويقعد طرفي النهار واذا طمع في رضا الخصوم
ردهما مرة او مرتين وان لم يطمع انفذ القضا بينهما فان
تاخيره بعد ما ثبت ظلم وفي البستان وغيره القضا واجب
علي القضا بعد ظهور عدالة الشهود حتي لو امتنع ياثم
ويستحق العزل ويعزر ويكفر ان لم يعتقد افتراض القضا
بعد ظهوره لتوفر شرائطه واذا تقدم اليه الخصمان فان شاء
قال لهما اي للخصمين ما لكما وان شاء سكت والسكوت احسن
كيلا يكون مهيجا للخصومة ويقصد قطعها واذا تكلم احدهما
اسكت الاخر لانهما اذا تكلما جملة لا يتمكن من الفهم

فصل

فصل في الحبس لما كان الحبس من احكام القضا وتعلق به
احكام افرده في فصل علي حدة وهو مشروع بالكتاب
والسنة واجماع الامة واذا ثبت الحق للمدعي وطلب المدعي حبس
خصمه فان ثبت بالاقرار لا يحبسه اي لم يعجل بحبسه ولم
يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال
فلم يستصحب للمال الا اذا امره باداه فابي فيحبس حبسه
لظهور المماطلة وان ثبت اي الحق الذي ادعاه ولو دانقا
بالبينة حبسه قبل الامر بالدفع ان طلب الخصم حبسه
لظهور المطل بالانكار وقال شريح يحبسه من غير طلبه وقيل
لا قبل الامر بالدفع لانه اذا ثبت بالبينة ربما تعلل به
ويقول ما علمت الا الساعة بخلاف الاقرار لكن الاول
مختار صاحب الهداية وهو المذهب وصفة الحبس ان
يكون الموضع ليس به فراش ولا وطا ولا يمكن احدا ان
يدخل عليه للاستيناس الا اقاربه وجيرانه ولا يمكثون
عنده طويلا ولا يخرج لجمعة وعيد ولا لجماعة ولا لحج فرض
ولا لحضور جنازة ولا بكفيل كما في التبيين لكن في الخلاصة
يخرج بالكفيل لجنازة الاصول والفروع وفي غيرهم لا يخرج
وعليه الفتوي ولا يخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من
يغسله ويكفنه فيخرج لقرابة الولاد وفي رواية يخرج
وان وجد من يجهزه ولا يضرب المحبوس لاجل الدين الا
اذا امتنع من الانفاق علي قريبه فيضرب ولا اذا خيف
ذهابه فيقيده ولا يجرد ولا يقام بين يدي صاحب الحق
اهانة وتعيين مكان الحبس للقاضي الا اذا طلب المدعي
مكانا اخر فان ادعي الفقر حبسه في كل ما لزمه بدل مال
اي لا يلتفت الي قوله كالثمن اطلقه فيشمل الاجرة الواجبة

لا لفائت المنافع وشمل ما على المشتري وما على البائع بعد
فسخ البيع بينهما باقالة او خيار وشمل راس مال السلم
بعد الاقالة وما اذا اقبض المشتري المبيع اولا كما في البحر
والقرض لثبوت غناه بحصول المال في الصورتين او لزمه
بالتزامه كالمهر المعجل قيد بالمعجل لانه لا يحبس في المؤجل ويصدق
في الاعسار وعليه الفتوى وفي الاصل لا يصدق في الصداق
بلا فصل بين مؤجله ومعجله كما في البزازية والكفالة اذ
الاقدام على الالتزام دليل اليسار في الصورتين ويتمكن
المكفول له رجح الاقتصار على الاول فقال وقال بعضهم
ان الدين واجبا بدلا عما هو مال كالقرض وثمن المبيع فالقول
قول مدعي اليسار روي ذلك عن الامام وعليه الفتوى وهو
خلاف ما اختاره المص تبعا للهداية وذكر في انفع الوسائل
انه المذهب المفتى به فقد اختلف الافتاء فيما التزمه بعقده
فلم يكن بدل و العمل على ما في المتون لانه اذا تعارض
ما في المتون لانه اذا تعارض ما في المتون والفتاوى
فالمعتمد ما في المتون وكذا يقدم ما في الشروح على ما في
الفتاوى وقيل القول للمديون في الكل وقيل للدائن
في الكل وقيل يحكم الزي والعلامة كما في البحر لا فيما عدا ذلك
اي لا يحبس المديون فيما سوى تلك المذكورات كبدل
الغصب وضمان المتلفات وارش الجنايات والسرقة والنفقة
واعتاق الامة المشتركات وبدل الكتابات ان ادعى المديون
الفقر لان الاصل في الآدمي العسرة والمدعي يدعي امرا عارضا
وهو الغناء فلم يقبل منه الا اذا برهن خصمه ان له مالا
فيحبسه اي القاضي المديون مدة لا يغلب على ظنه انه
لو كان له اي المديون مال لاظهره وهو الصحيح وذلك
يختلف

يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والحال فلا معنى
لتقديره وملجأ من التقدير بشهرين او ثلاثة او اربعة
او خمسة او ستة او شهر اتفاقي ولهذا ينقدر بحثها وقيل
يحبسه شهرين او ثلاثة والصحيح الاول لما بيناه ولو قال
المديون حلفه انه يعلم اني معسر يحبسه القاضي اي ذلك
حلفه انه ما يعلم اعساره فان حلف حبسه بطلبه وان نكل
لا يحبسه والمراد من امثاله قدرته الاخذ على قضاء الدين فلو كان
للمحبوس مال في بلد اخر يطلقه بكفيل وان علم القاضي عسرته
لكن له مال في بلد اخر يطلقه بكفيل وان على اخر نفقا ضيعته
فلو حبس عن نفقة الموسر لا يحبسه كما في البزازية وفي البحر وظاهر
كلامهم ان القاضي لا يحبس المديون الذي له مال الا غائبا او محبوسا
موسرا فانه يطلقه اذا علم احدهما ثم بين حال القاضي عن
المحبوس بعد حبسه بقدر ما يراه من حبسه فان قامت على
اعساره اطلقه ولا يحتاج الى لفظ الشهادة وشرط الاصغري
والعدل الواحد يكفي والاثنان احوط وكيفيته ان يقول
المخبر ان حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وقد اختبرنا
حاله في السر والعلانية ولا يشترط بينهما حضور رب الدين
فان كان غائبا سمعها واطلقه بكفيل كما في البزازية وان لم
يظهر له اي للمحبوس مال بعد سؤاله عنه خلى سبيله اي خلى
القاضي سبيل المحبوس لان عسرته ثبتت عنده فاستحق
النظرة الى الميسرة الاية فحبسه بعده يكون ظلما الا اذا برهن
خصمه على يساره بينة بعد انه موسر قادر على قضاء
الدين ولا يشترط تبيين لا لا بتحليفه ولا يسمع
البينة على اعساره قبل حبسه على عامة المشايخ هو الصحيح
لان البينة للاثبات لا للنفي الا اذا اقام المدعي عليه يحكم

زمان على العسرة فتحتمل لان العسار بعد اليسار امر عارض
ايضا فيحلفه القاضي بالله ما له الا في مال اليتيم وما ل الوقف
ونما الغايب فلا يحلفه الا بتحميل كما في المنح وفي البزازية
اطلق القاضي المحبوس لافلاسه ثم ادعى اخر عليه مالا وادعى
انه موسر حتى يعلم غناه ويحبس الرجل لنفقة زوجته لانه
ظالم بالامتناع عن الانفاق فلا يحبس في النفقة الماضية لانها
تسقط بمضي الزمان ولم تصر دينا بان حكم الحاكم بها او
اصطلحا او وجبت عليها فلانها البنت بمعلوم عن ماله ولا
لزمته بعقد لا والد في دين ولده اي لا يحبس الاصل في دين
فرعه لانه لا يستحق العقوبة بسبب ولده سواء كان موسرا
او معسرا لكن ينبغي ان يتنبه لشي وهو انه اذا كان موسرا
وامتنع من قضاء دين ولده وقلنا لا يحبس فالقاضي
يقضي دينه من ماله اذا كان من جنسه والا باعه للقضاء كبيعه
مال المحبوس الممتنع عن قضاء دينه والصحيح عندهما
بيع عقاره كمنقوله ولو قال المديون ابيع عرضي واقضي
ديني اجله القاضي ثلاثة ايام ولو له عقار يحبسه ليبيعه
ويقضي الدين ولو بثمن قليل بدين الولد لانه الولد يحبس
بدين اصله ويحبس القريب بدين قريبه كما في البحر
الا ان ابى الوالد من الانفاق عليه اي على الولد فانه
يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد اهلاكه
فيحبس لدفع الهلاك عنه وكذا المولى لا يحبس بدين عبده
الماذون وان لم يكن على العبد دين ولا يحبس العبد
لدين المولى والمولى يحبس بدين مكاتبه اذ المولى من
جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس ولا
يحبس المكاتب بدين الكتابة ويحبس بدين اخر عليه

ولو مرض

ولو مرض المحبوس في الحبس لا يخرج من الحبس ان كان له
من يخدمه فيه اي في الحبس لانه شرع ليضجر قلبه فيسارع
الى قضاء الدين وبالمرض يزداد ضجره والا اي وان لم يكن
له من يخدمه فيه اخرج من الحبس بكفيل لئلا يهلك كما
لو مرض مرضا اضناه وهو مروي عن محمد وعليه الفتوى
وعن ابي يوسف لا يخرجه والهلاك في السجن وغيره سوا
ولا يمكن المحترف من اشتغاله بالحرفة فيه اي في الحبس
هو الصحيح وقيل لا يمنع نفقته ونفقة عياله عسى
يكون من ذلك وفي القهستاني ولا يؤاجره في ظاهر
الرواية وعن ابي يوسف لو كان له عمل اجره وادى دينه
مما سوى قوته وقوت عياله ويمكن من وطي جاريته
ان كان فيه اي في السجن خلوة قال الزيلعي يعني اذا
احتاج من الجماع لا يمنع من دخول امراته وجاريته عليه
ان كان في السجن موضع سترة لان اقتضا شهوة الفرج
كاقتضا شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطي من فضول
الحوائج انتهى فعلى هذا ان المناسب للمصنف ان لا يقتصر
على الجارية لانه لا يمنع من دخول امراته كذلك تدبر
واذا تمت المدة للمحبس على الاختلاف ولم يظهر له
مال خلى سبيله هذا انكار ادغن ذكره توطية لقوله
ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس عند
الامام بل يلازمونه لانهم منتظرون الى زمان قدرته
عليها لاينفاد وكل ممكن في كل ساعة فيلازمونه كي لا
يخفيه ولانه قد يكتسب فوق حاجته الزايدة فياخذون
منه فضل كسبه ولا يمنعونه من التصرف والسفر تفسير
للملازمة يعني انهم يدورون معه اينما دار ولا يمنعونه

من التصرف والسفر كما في العناية ولا يأخذون فضل
كسبه بلا اختياره او يأخذه القاضي ويقسم بينهم
بالحصص لاستوا حقوقهم في القوة لكن المديون لو
اثر احد الغرما على غيره بقضا الدين باختياره فله ذلك
وللملازمة ان يدوروا معه حيث دار فان دخل داره لا
يدخلون معه ويجلسوا على الباب الى ان يخرج لان
الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو كان الدين
لرجل على امراة والمسيلة بحالها لا يلازمها لما فيه من الخلوة
بالاجنبية بل يبعث امراة امينة تلازمها وقالا اذا افلسه
الحاكم اي اذا حكم بافلاسه يحول بينه وبين غرمايه اي
يامرهم ان يتركوا ملازمته الا ان يبرهنوا ان له مالا لان
القضا بالافلاس عندهما يصح لانه يثبت العسرة وعند
الامام لا يتحقق القضا الا بالافلاس وفي قوله الا ان
يبرهنوا اه اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على
بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا فصل في كتاب
القاضي وانما اخره عن الحبس لانه لما كان يتحقق في
الوجود الا بقاضيين كان مركبا بالنسبة الى ما قبله
والبسيط قبل المركب وترك قوله الى القاضي كما في اكثر
الكتب لان هذا الفصل غير مختص به بل يبحث فيه السجل
والمحضر والصك والوثيقة اذا شهدوا عند القاضي على
خصم حاضر حكم اي القاضي بها اي بشهادتهم لوجود الحجة
وشرط الحكم وهو حضور الخصم والمراد بالخصم الحاضر من كان
وكيلا من جهة المدعى عليه او مسخرا وهو من نصبه
القاضي وكيلا عن الغايب ليسمع الدعوى عليه والا
لو اراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب
الى

الى القاضي اي الاصلاء لان الخصم حاضر عند القاضي وقد حكم
عليه كما في البحر وغيره لكن لا يخفى ما فيه من التكلف
والاحسن ان يقال ان هذا توطية لقوله وان شهدوا
على غايب لا يحكم وليس بمقصود بالذات كما في الدرر
وكتب القاضي بالحكم لئلا ينسى الواقعة على طول الزمان
وليكون الكتاب مذكرا له والا فلا يحتاج الى كتابة
الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه او من يقوم مقامه
وهو اي كتاب الحكم السجل الحكمي لانه سجله اي احكمه
بالحكم وفي المصباح السجل كتاب القاضي بالتشديد قضى
وحكم واثبت حكمه في السجل وفي البحر فالسجل الحجة التي فيها
حكم القاضي وكن هذا في عرفهم واما في عرفنا السجل كتاب
كبير تضبط فيه وقايع الناس وما يحكم القاضي وما يكتب
عليه وان شهدوا على الخصم الغايب كان في محلة اخرى
او قرية او بلدة ويشترط في ظاهر الرواية مسيرة السفر
وعن ابي يوسف يجوز فيما لا يرجع في يومه وفي السراجية
وعليه الفتوى لا يحكم لعدم جواز القضا على الغايب عندنا
ولو حكم به حاكم يرى ذلك وهو مقيد لان معنى قولهم
ان القضا على الغايب اذا كان حنفيا فان حكمه لا ينفذ
لقوله يرى ذلك وهو مقيد لان معنى قولهم ان القضا
على الغايب ينفذ في اظهر الروايتين اذا كان حنفيا
~~فان حكمه لا ينفذ لقوله يرى ذلك وهو مقيد لان معنى~~
~~قولهم ان القضا على الغايب ينفذ في اظهر الروايتين~~
اذا كان القاضي شافعيا بل يكتب القاضي بها اي
بالشهادة الى قاض يكون الخصم في ولايته ليحكم القاضي
المكتوب اليه على وجه الخصم كيلا يكون قضا على الغايب

وسجل القاضي

وهو كتاب القاضي الى القاضي ووجه التسمية به ظاهر والكتاب
الحكمي منسوب الى الحكم باعتبار ما يؤول اليه وهو نقل
الشهادة في الحقيقة لان الكاتب لم يحكم بها وانما نقلها
للمكتوب اليه ليحكم بها ولهذا يحكم المكتوب اليه برايه
وان كان مخالفا لراي الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له
ان يخالفه وينقض حكمه اذا كان في فصل مجتهد فيه او
او متفق عليه كما في البحر وفي المبسوط وغيره والقياس
عدم جواز العمل بكتاب القاضي الى القاضي لان القاضي الكاتب
لو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في
الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة
التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم الا انه
جوز استحسانا لحاجة الناس اليه لما روي ان عليا رضي
الله عنه جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء ويقبل في كل
ما لا يسقط بالشبهة احترازا عن الحد والقود لان فيه
شبهة البدلية عن الشهادة فيصير كالشهادة على الشهادة
لان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما قيل
فيه شبهة التبديل والتزوير وهما يسقطان بالشبهات
كالدين فانه يعرف بالقدر والوصف ولا يحتاج فيه الى
الاشارة والعقار فانه ايضا يعرف بالتحديد والنكاح
سواء ادعى الزوج والزوجة وكذا الطلاق ان ادعت على
الزوج والنسب من قبل الحي او الميت لانه يعرف بذكر الاب
والجد والقبيلة والغصب اذ فيه يلزم القيمة وهي دين
والامانة والمضاربة المجحودتين لانهما كالمغصوب في
حكما فيدهما بالمجحودتين لان الغير المجحودتين لا يحتاج
الى كتاب القاضي وكذا الشفعة والوكالة والوصية والوفاة

والوارثة

والوارثة والقتل الذي يوجب المال لان البعض منها يعرف
بالقدر والوصف والبعض الاخر يعرف باحدهما ولا يقبل
الكتاب في العين المنقول كالثوب والعبد والامة ونحوها
في ظاهر الرواية للحاجة الى الاشارة عند الدعوى في
الشهادة وروي عن ابي يوسف للقاضي ان يقبل في العبد
لان الاباق يغلب فيه لا في الامة وعنه ايضا ان يقبل
في الامة كالعبد وروي عن محمد قبوله في كل ما ينقل
وعليه المتاخرون وفي البزازية والمتقدمون لم ياخذوا
بقول الامام الثاني وعمل الفقهاء اليوم على التجويز في
الكل للحاجة وبه يفتى كما قال الامام الاسبيجابي وهو
مذهب الائمة الثلاثة ولا بد ان يكون الى معلوم بان
يقول من فلان الى فلان ويذكر نسبهما بان يقول من فلان
ابن فلان الى فلان بن فلان وفي العتابية وفي العناية
ويشترط فيه المعلوم الخمسة فهو ان يكون من معلوم
الى معلوم اي المدعي المعلوم على معلوم اي المدعى عليه
فان شاء قال بعده اي بعد ان يقول الى فلان بن فلان
والى كل من يصل اليه الكتاب من قضاة المسلمين حتى لا
يكتب المطلوب اليه على ما سيجيء ان شاء الله تعالى ويقراه
اي القاضي الكاتب الكتاب على من يشهدهم عليه ليعرفوا
ما فيه لانهم يشهدون عند المكتوب اليه ويعلمهم
بما فيه اي في الكتاب ان لم يقرا اذ لا شهادة بدون العلم
ويكون اسمهما اي اسما شهود الطريق وكذا انسابهم
داخلة في كتابه وفي التبيين وغيره ويكتب فيه
اسم المدعي والمدعى عليه على وجه يقع به التمييز
وذلك بذكر جدهما وذكر الحق فيه ويذكر شهود الاصل

واسمائهم وانسابهم لاجل التمييز ان شا وان شا اكتفي
بذكر شهادتهم هذا اذا كان غير مشهور واما اذا كان
مشهورا يكتفي باسمه المشهور ويكتب العنوان من داخل
الكتاب حتي لو كان علي الظاهر لا يقبل قبل هذا في
عرفهم اما في عرفنا العنوان يكون علي الظاهر فيعمل
به وفي الدرر ويكتب تاريخ الكتاب فلو لم يكتب فيه
التاريخ لا يقبله ويختمه اي الكاتب بحضرتهم اي بحضرة
الشهود ويحفظوا اي الشهود ما فيه اي في الكتاب
لانهم يشهدون به ويسلمه اي الكتاب اليهم اي الي
الشهود دفعا لتهمة التغيير وهذا عند الطرفين
وابو يوسف لم يشترط شيا من ذلك المذكور سوي
اشهادهم انه كتابه لما ابتلي بالقضا وهو قول ابي يوسف
اخرا قيل اذا كان الكتاب في يد المدعي ينبغي بان الختم
شرط وان كان في يد الشهود يفتي بانه ليس بشرط
واختار الامام السرخسي قوله اي قول ابي يوسف اخرا
فليس الخبر كالعيان يعني ان ابا يوسف قيل ان ابتلي
بالقضا فعاين ما فيه قال فيه مثل ما قالا ولما ابتلي
بالقضا فعاين ما فيه قال جميع ذلك ليس بشرط تسهيلا
علي الناس وان كان الاحتياط فيما قالا واذا وصل
الكتاب الي القاضي المكتوب اليه نظر الي ختمه ولا يقبله
الا بحضرة الخصم اي لا ياخذ الكتاب الا وقت حضور
الخصم لانه لا لزامه كما في الاختيار لكن في الذخيرة
وغيرها بان حضوره شرط قبول البينة علي الكتاب
لا شرط قبول الكتاب ولا بشهادة رجلين او رجل
وامراتين لان الكتاب قد يزور فلا يثبت الا بحجة

تامة

تامة وايضا كتاب القاضي ملزم اذ يجب علي المكتوب اليه
ان ينظر فيه ويعمل به ولا الزام الا ببينة انه كتاب
فلان بن فلان القاضي والجملة معمول قوله بشهادة
وفيه اشعار بانه يسلم الكتاب الي المدعي كما ذهب اليه
ابو يوسف قراه علينا واخبرنا به وختمه وسلمه الينا
في مجلس حكمه كل خبر بعد خبر وفيه اشارة الي مذهب
الطرفين وعند ابي يوسف يكفي بشهادة انه كتاب فلان
القاضي وختمه ولا يشترط ان يقول قراه علينا وسلمه
الينا في مجلس حكمه وعنه اي عن ابي يوسف ان الختم ليس
بشرط فيكفيهم ان يشهدوا انه كتاب فلان القاضي لكن
لا بد من اسلام شهوده بالاتفاق لذمي علي ذمي لانهم
يشهدون علي فعل المسلم وانما يحتاج اليهم اذا انكر
الخصم كونه كتاب القاضي اما اذا اقر فلا حاجة الي
الشهود فاذا اشهدوا واثنوا علي ما قالا او علي ما قاله
عند القاضي المكتوب اليه فتحه اي المكتوب اليه الكتاب
بعد ثبوت عدالة الشهود كما في الهداية وهو الصحيح
وفي العناية ان الاصح ما قاله محمد من تجويز الفتح
عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض عن
عدالة الشهود وفي التبيين لو وجد في الكتاب ما
يخالف شهادتهم رده وقراه علي الخصم والزمه ما فيه
لانه يثبت عنده ما في الكتاب الا ان يقول الخصم لست
بفلان الذي شهدوا به واقام البينة ان في هذه القبيلة
اثنين بهذا النسب كما في القهستاني ويبطل الكتاب
بموت القاضي الكاتب وعزله قبل وصول الكتاب الي الثاني
او بعد وصوله قبل ان يقرا عليهم وكذا بخروجه عن

الاهلية كالجنون والفسق لان الخروج كالعزل والاخراج
حكما لكونه واحدا من الرعايا فكاتبه لا يعتد بخطابه لانتفاء
الولاية الشرعية وبما قلنا بعد وصوله قبل ان يقراه
عليهم لانه لو مات او عزل بعد ما قرا الكتاب لا يبطل
في ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب اليه على الصحيح وقال
ابو يوسف لا يبطل مطلقا سوا مات الكاتب او عزل
قبل الوصول او بعده بل المكتوب اليه يقضي به وهو
قول الائمة الثلاثة ويبطل بموت المكتوب اليه وعزله
الا اذا كتب بعد اسمه اي بعد اسم المكتوب اليه والى كل
من يصل اليه من قضاة المسلمين فح لا يبطل لان الغير
صار تبعا للمعرف المعين بخلاف ما اذا كتب ابتدا الى
كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لعدم التعريف
واجاز ابو يوسف حين ابتلي بالقضا وفي الخلاصة
وعليه عمل الناس لا يبطل بموت الخصم بل ينفذ على وارثه
اي وارث الخصم المتوفي لانه قايم مقامه وكذا ينفذ
على وصيه سوا كان تاريخ الكتاب قبل موت الخصم او بعده
اطلق الخصم فشمل المدعي والمدعى عليه واذا علم القاضي
بشي من حقوق العباد في زمن ولايته ومحلها جاز له
ان يقضي به من غير شي حتى اذا علم القاضي ان زيدا غصب
شيا من المدعي ياخذه من زيد ويدفعه الى المدعي وهذا
جواب رواية الاصول وفي شرح الوقاية لابي المكارم
وهل يقضي القاضي بعلمه في حقوق العباد اذا علم
في مصره حال قضايه وعن محمد انه رجع عن هذا قال
لا يقضي بعلمه وفي القصاص وحد القذف يقضي به واذا
علم بحقوق العباد قبل قضايه او في غير مصره فحضر مصره

ثم رفع الحادثة

الحادثة اليه فعند الامام لا يقضي بذلك العلم وعندهما
يقضي واختلف المشايخ على قوله سوا كان قاضيا على
الرستاق او لم يكن ولو علم بحادثة في مصره ثم عزل ثم اعيد
فعنده لا يقضي وعندهما يقضي **فصل** قال في
النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان سجلا اتصل به
قضاه يجب على القاضي المكتوب اليه امضاوه اذا كان
في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب للحكم فان الراي له في
التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تعداد محال
الاجتهاد بذكر امثل جمة وهذا الفصل لبيان ذلك وما لحق
به ويجوز قضا المراة في جميع الحقوق لكونها من اهل
الشهادة لكن ياثم المولي لها للحديث لن يفلح قوم ولوا
امرهم امراة في غير حد وقود اذ لا تجري فيهما شهادتها
وكذا قضاوها في ظاهر الرواية فلو قضت في حد وقود
فرفع الى قاض اخر فامضاه ليس لغيره ان يبطله كما في
الخلاصة واما قضا الخنثى فيصح بالاولى وينبغي ان لا
يصح في الحدود والقود لشبهة الانوثة كما في البحر ولا
يستخلف قاض على القضا ولا ينفذ قضا خليفته ولو
مريضا وقال الطحاوي انه ما فدر ولا يبطله حاكم اعتبارا
بالحكم الا ان يفوض اليه ذلك الاستخلاف بان قيل من
قبل المقلد ول من شيت وفيه اشعار بانه يستخلف
بالاذن دلالة كما في القهستاني فلو جعل قاضي القضاة
كان له الاستخلاف ثم وثم فلو استخلف المامور بالاستخلاف
رجلا فقضى للقاضي الذي استنابه او ولده مستنيبه
جاز قضاوه وينقض النايب بما شهدوا به عند الاصل
وعكسه كما في التنوير لكن في البزازية لا يقضي القاضي

بالزمة الغلطة بكلام النايب يعني بكلام القاضي اذا اطبره
بخلاف المامور بالجمعة فانه يستحق لكونها على شرف
الفوات لتفويته فكان الامر اذنا في الاستخلاف دلالة
ولا كذلك القضا فاذا استخلف المفوض اليه الاستخلاف
فنايبه لا ينعزل بعزله اي بعزل المفوض اليه لانه صار
نايبا عن الاصيل الا اذا فوض اليه ذلك بان قال له من
قبل السلطان استبدل من شيت فح يجوز له العزل ولا ينعزل
بموته اي بموت المفوض اليه بل هو نايب الاصيل حقيقة
وفيه اشارة الي ان نايب القاضي انعزل بموته بخلاف موت
الخليفة حيث لا ينعزل القاضي كما لا ينعزل امراوه وفي الفوا
البدرية ونايب القاضي في زماننا ينعزل بعزله وبموته
فانه نايبه من كل وجه وفي المحيط اذا عزل السلطان
انعزل نايبه بخلاف ما لو مات القاضي حيث لا ينعزل
نايبه هكذا قيل لا ينعزل القاضي اذا عزل السلطان
ما لم يصل الخبر اليه كالوكيل ولا ينعزل بعزل نايب
القاضي والقاضي اذا قال عزلت نفسي او اخرجت نفسي
وسمع السلطان ينعزل والا لا وقيل لا ينعزل اصلا
لانه نايب عن العامة فلا يملك عزله وغير المفوض
اليه الاستخلاف ان قضى نايبه بحضرته او قضى بغيبته
فاجاز الاصيل عندنا صح عملا بحضرته اي قضاوه اذا كان
المستخلف اهلا للقضا لان المقصود حصول راي الاول
وقد وجد كما في الوكالة اي كالوكيل بالبيع والشرا اذا وكل
غيره فباشر وكيله بحضرته او بغيبته فاجاز بعده جاز
واذا رفع الي القاضي حكم قاض اخر في امر اختلف فيه في
الصدر الاول قيل هو زمان الصحابة والتابعين
وقيل

القاضي

وقيل المراد ما بين الصحابة والفقها المجتهدين رضوان الله
عليهم اجمعين في الاصح امضاه القاضي المرفوع اليه سوا
كان موافقا لرايه او مخالفا لان القضا متى لاقى مجتهدا
فيه ينفذ ولا ينقض باجتهاد اخر لان اجتهاد الثاني
كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول بالقضا ولا ينقض بادونه
ان لم يخالف الكتاب كالقضا بحل متروك التسمية عمدا
اذ هو مخالف لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله
عليه كما في المنح وغيره لكن الاحسن ان يمثل بتقديم
الوارث عن الدين فان الاول نافذ عند الطرفين
كما في القهستاني او السنة المشهورة كالقضا بحل المطلقة
الثلاثة بنكاح الثاني بلا وطي اذ هو مخالف للحديث
المشهور وهو حديث العسيلة او الاجماع كالقضا بحل
متعة النسا لاتفاقهم على فساده ويشترط ان يكون
القاضي عالما باختلاف الفقها حتى لو قضى بفصل مجتهد
فيه وهو لا يعلم بذلك لا ينفذ قضاوه في موضع
الاجتهاد لا يجب على الثاني تنفيذه وقال شمس الائمة
هذا هو ظاهر المذهب لكن في الخلاصة ان هذا الشرط
يعني كونه عالما بالاختلاف وان كان ظاهر المذهب
لكن يفتى بخلافه انتهى فينبغي ان يحمل ما في الخلاصة
في زماننا لان قضاة زماننا غالبا لا معرفة لهم حتى
بمذاهبهم فضلا عن علمهم بمذاهب بقية المجتهدين وفي
البحر تفصيل فليراجع وما اجمع عليه الجمهور لا يعتبر
فيه خلاف البعض كالحكم بجواز بيع درهم بدرهمين
لان هذا الحكي عن ابن عباس رضي الله عنهما انكروا وردوا
عليه قيل في اصول الفقه يعتبر باختلاف الاقل في مقابلة

اي عند ابي حنيفة ومحمد

من الصحابة رضي الله عنهم

اتفاق الاكثر لان واحدا من الصحابة ربما خالف الجم الكبير
ولم يقولوا نحن اكثر منكم فيقال لا مخالفة بين القولين
لان المذكور في الكتاب بخلاف ما في الاصول اختلاف
فافترقا ولذا كان واحدا منهم اذا خالفهم ان جوزوا له
يكون اختلافا وان لم يجوزوا يكون خلافا وفي التلويح
نقلا عن شرح الادب لو قضي في موضع الاختلاف فيجوز
وفي موضع الخلاف لا يجوز اذ ما الاول لما كان فيه
خلاف مجتهد كالخلاف فيما بين السلف والاول موضع
الخلاف ما لم يكن معتبرا ولم يعتبر خلاف الشافعي وقيل
الخلاف قول بلا دليل معتبر والاختلاف قول بدليل معتبر
وقيل الخلاف من اثار البدعة والاختلاف من اثار الرحمة
والقضاء بحل او حرمة ينفذ ظاهرا اي فيما بيننا وباطنا
اي فيما عند الله عند الامام ولو وصلية بشهادة زور
اذا ادعي بسبب معين من العقود والفسوخ كالنكاح
والطلاق والبيع والشراء والاقالة والرد بالعيب والنسب
وفي الهبة والصدقة قولان وعندهما لا ينفذ باطنا
بشهادة الزور وان كان ينفذ ظاهرا وهو قول زفر
وهو قول الائمة الثلاثة ثم فرع بقوله فلو اقامت بينة
زور انه تزوجها وحكم به حل لها تمكينه اي اذا ادعت
المراة علي الرجل انه تزوجها فاقامت علي ذلك بينة زور
وقضي القاضي بها حل له وحل لها تمكينه من الوطء عند
الامام لما روي ان عليا كرم الله وجهه قضي بالنكاح
بين رجل وامراة بشهادة الشاهدين فقالت له يا امير
المؤمنين ان لم يكن بد فزوجني فقال شاهداك
زوجاك ولم يلتفت لقولها من تجديد النكاح مع كون

الشهود

الشهود زورا بدلالة القصة بناء علي ان حكم القاضي بمنزلة
انشاء عقد صحيح ولان القاضي مكلف بحسب الوسع فيجب
التعديل عليه اذ الوقوف علي حقيقة الصدق متعذر بخلاف
الحكم بشهادة الكفار والعبيد والحكم علي نكاح المنكوحة والمعتدة
اذ الوقوف علي هذه الاشياء ممكن ولا يلزم الايجاب والقبول
في انشاء القاضي بالحكم وكذا لا يلزم حضور الاثنين في
خصوص النكاح كما قيل لان ما يثبت في ضمن صحة القضاء
ثبت اقتضاء لا صريحا فلا تراعي شرائطه خلافا لهما لان شهادة
الزور حجة في الظاهر فيكون التصادق والحجة لا يكون حجة
في الباطن فلا يحل لها ذلك عندهما وقال ابو الليث الفتوي
علي قولهما وامر الشاهدات انما عظيما ولا بد في المسئلة من
زيادة قيد وهو ان لا يكون في المحل مانع لانشاء العقد لان
قضاءه فيما ليس له ولاية الانشاء اصلا لا ينفذ باطنا بالاجماع وفي
القهستاني اذا قضي القاضي بشهادة زور بطلاقها ثلاثا ثم تزوجت
لزوج بعد العدة فانه يحل له الوطء ظاهرا وباطنا عند الامام
فان علم ان الزوج لم يطلقها لا يحل للاول ظاهرا وباطنا واما
عندهما فيحل له ولا يحل للثاني اذا علم وعن ابي يوسف انه
~~يحل للاول وطئها ظاهرا او باطنا عند الامام وان علم ان الزوج~~
~~لم يطلقها لا يحل للاول ظاهرا وباطنا واما عندهما فيحل~~
~~للثاني ولا يحل للثاني ان علم وعن ابي يوسف انه يحل للاول~~
سرا وعن محمد يحل ما لم يدخل به الثاني وفي الاملاك المرسلة
اي المطلقة وهي التي لم يذكر فيها سبب معين لا ينفذ
باطنا اتفاقا لتقدم احتمال الانشاء في نفس الملك بدون
السبب كما في الصريح كمن ادعي امة انها ملكه مطلقا ولم
يذكر انه اشتراها مثلا واقام علي ذلك بينة زور وقضي

القاضي فيما لا يجوز له وطيا بالاجماع والقضا في مجتهد فيه بخلاف
رايه والباقي قوله بخلاف متعلق بالقضا ناسيا او عامدا
لا ينفذ عندهما لانه قضا بما هو خطا عنده وبه يفتي كما في
في المحيط والهداية وعند الامام ينفذ لو قضى ناسيا وفي
العمد روايتان عنه في رواية لا ينفذ وفي رواية ينفذ لانه
ليس بخطا بيقين ففي الخانية اظهر الروايتين عن الامام
نفاذ قضائه وعليه الفتوى وفي الفتح فقد اختلف في الفتوى
والوجه في هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا
لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل الخ بقولهما الا ان
التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناسي
فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره فلا يملك المخالفة
فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم كما لو امر السلطان بعدم
سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة بحيث عليهم سماعها ولو
سمعها وقضى لا ينفذ لانه لا يصير قاضيا بالنسبة الى تلك الدعوى
كما في الفتح واصل الخلاف فيما اذا وقع الخلاف في قضية في عصر
ثم اجمع العلما على احد القولين في عصر اخر هل يرتفع الخلاف
المتقدم ام لا فعنده يرتفع وعندهما لا يرتفع فيكون
الخلاف باقيا على حاله عنده ولا يقضي القاضي اي لا يصح
قضاؤه على غايب ولا يقضي له عندنا لان القاضي بالبينة
وهو لم يعلم الا اذا اشتمل خلافا للشافعي وفي البزازية
قضى للغايب او عليه لا يصح الا ان يكون عنه خصم حاضر
قال صاحب البحر ولذا فسرنا بعدم الصحة والاولى ان يفسر
بعدم النفاذ لقولهم اذا نفذه قاض اخر يراه فانه ينفذ
واختلف التصحيح في نفاذه فقيل لا ينفذ وقيل ينفذ
ورجح الاولى في الفتح وانه لابد من امضا قاض اخر
لان

لان الاختلاف في نفس القضا قال ظهير الدين في نفاذ
القضا على الغايب روايتان ونحن نفتي بعدم النفاذ
كيلا يتطرقوا الى ابطال مذهب اصحابنا وقال لكن ~
الفتوى على النفاذ خواهر زاده لكن اشتبه علي كثيرات
قولهم على النفاذ اعم من كون القاضي شافعيا يراه
او حنفيا لا يراه والظاهر انه انما هو في حق من يراه
لاجماع الحنفية على انه لا يقضي على غايب كما ذكره الصدر
ولو كان اعم لزم هدم مذهبنا الا بحضرة نايبه استثنا
من قوله لا يقضي على غايب اي لا يصح قضا وعلى الغايب
دلالة اي ان يحضر من يقوم مقامه حقيقة كوكيله وابيه
ووصي الميت ومتولي الوقف وفيه اشارة بان القاضي انما
حكم على الغايب بحضرة وكيله وعلى الميت بحضرة وصيه
او شرعا عطف على قوله حقيقة اي باقامة الشرع عنه
كوصي نصبه القاضي كما اذا كان المدعى عليه ميتا وله
صغير فقد نصب له وصيا او حكما كمن يقوم مقامه من حيث
الحكم بان كان ما يدعي ما كان على الغايب سببا لا محالة
لما يدعي على الحاضر من نحو الملك كما اذا ادعى دارا على حاضر
انه اشتراها من الغايب فان كان صدقه الحاضر لا
يسلمها القاضي الى المدعي فانه قضا على الغايب فهذا
حيلة لدفع دعوى الخارج وان انكره الحاضر فاقام
بينة عليه قضى القاضي بها عليه وهذا القضا على الغايب
ايضا وكذا لو حضر وانكر لا يحتاج الى اعادة البينة فالحاضر
تنصب خصما عنه وكذا لو ادعى على الحاضر شفعة دار
اشتراها من الغايب او ادعى عليه الكفالة بان له على
فلان الغايب كذا وهذا كفيل عنه بامره يقضي القاضي

على الحاضر والغائب ذكر لم يقل بأمره لا ينفذ على الغائب وكذا
لو ادعى جهة العتق على قاذفه فقال القاذف انا عبد
وقال المقذوف اعتقني مولاك او ادعى الشهود عليه ان
الشاهد عبد لفلان فبرهن المدعى ان المالك الغائب
اعتقه يقبل ويقضى عليه وهي حيلة اثبات العتق ولو على الغائب
قال القاذف ان ام المقذوف امة فلان وقد قذفه
يا ابن الزانية فاقام المقذوف بينة على ان امه بنت
فلان القرشية فقضى القاضي بالحد فهو قضاء بالنسبة
ايضا كما في اكثر الشروح لكن لا يخفى ان كون امه بنت
فلان القرشية لا ينافي كونها امة لجواز ان امها امة
فتكون امة تبعا للام تدبر وفي البحر والمنح نظائر كثيرة
فليراجع فيهما فان كان ما يدعي على الغائب والاولى وان
بالواو شرطا لما يدعيه على الحاضر لا يصح ولا يكون الحكم
على الحاضر حكما على الغائب هذا قول عامة المشايخ رحمهم الله
وبعض المتاخرين على ان الشرط كالسبب الجامع كالتوقف
واطلق ذكر الشرط كما في الهداية لكن في الكافي ان
الاصح هو ان الشرط ان تضمن ضرر الغائب لا يعطى له
حكم السبب قال قاضيخان وهو الصحيح كما اذا قال
لامرأته ان طلق فلان زوجته فانت طالق فاقامت
بينة ان فلانا طلق زوجته لا تقبل بينتها في الاصح
وان لم يتضمنه فهو كالسبب كما لو علق طلاق امرأته
بدخول فلان الدار فاقامت البينة على الدخول
تقبل بينتها وفي المنح واما حيلة اثبات طلاق الغائب
المذكورة في الفصولين وغيره فكلها على الضعيف من ان
الشرط كالسبب فيه حيلة الكفالة بمهرها معلقة

بالطلاق

وانها دعواها كفالة بنفقة العدة معلقة بالطلاق قد صح

بالطلاق ومع هذا الحكم بالحرمة نفذ لاختلاف المشايخ
ويقرض القاضي مال اليتيم وكذا مال الوقف والغائب
لقدرته على استخراجه متى شاء مع حصول منفعة الحفظ
لكونه مضمونا على المستقرض ويكتب ذكر الحق اي يكتب
الصك لذكر الحق مخافة النسيان لكثرة اشتغاله
قال المولى سعدي فيه اشارة الى انتصاب ذكر الحق
لكونه مفعولا له ليكتب وعندي ان قوله ذكر الحق
علم للصك فلا يجوز ذلك اي الاقراض للوصي بالاتفاق
لعدم قدرته على الاستخلاص حتى لو اقرض يضمن واما
للاب في الاصح وفي المنح وفي الاب روايتان اظهرهما كالوصي
وهو الصحيح كما في الخانية وفي الخلاصة والخزانة الصحيح
ان الاب كالقاضي والمعتمد ما في المتون ويستثنى من
عدم جواز الاقراض الاب والوصي على المعتمد اقراضه
للضرورة كحرق ونهب فيجوز اتفاقا وفي التنوير ولو قضى
القاضي بالجور والغرم يكون على القاضي في ماله ان
قضى بذلك متعمدا واقر به ولو قضى خطأ ففي المقضي
له فصل في التحكيم هذا من فروع القضاء وتاخيره
ادنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه
وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والسنة
والاجماع ولو حكم من باب التفعيل الخصمان من يصلح
قاضيا لكونه اهلا للشهادة فلو حكما عبدا او صبيا او
ذميا او محدودا في قذف لم يشترط الاهلية وقت
التحكيم ووقت الحكم فلو حكما عبدا فعتق او صبيا
فبلغ او ذميا فاسلم ثم حكم لا ينفذ حكمه ولو حكم
الذميان ذميا جاز لانه من اهل الشهادة في حقهم

فقد اختلف التصحيح

بصح وهو

ويشترط ان يكون المحكم معلوما فلو حكما اول من يدخل
المسجد لم يجز اجماعا للجهالة ليحكم بينهما صح الحكم
لانهما التزماه وتصادقا به لولايتهما على انفسهما ونفذ
حكمه اي حكم المحكم عليهما ببينة او اقرار او نكول واخباره
باقرار احد الخصمين بان قال لاحدهما قد اقررت عندي
بكذا او قضيت عليك ونفذ اخباره بعدالة الشاهد
بان قال لاحدهما اقامت عليك بينة فعدلت عندي
فحكمت كذلك حال ولايته اي بقاء تحكيمهما لان الاخبار
بالاقرار والعدالة صحيح لو وقوعه قبل قوله حكمت
مثلا فيعتبر الاخبار قبل الانعزال بالحكم [illegible]
شهادة رجلين قياسا على ساير القضاة بخلاف اخبار
بحكمه لانقضا ولايته كالقاضي المعزول ولكل منهما
اي من الخصمين ان يرجع قبل حكمه لانه مقلد من جهتهما
فكان لكل منهما عزله اذ هو من الامور الجايزة فينفرد
احدهما بنقضه كما ينفرد احد العاقدين في مضاربة
وشركة ووكالة اذا لم يتعلق الوكالة بالتماس الطالب
لا بعده اي لا يصح الرجوع بعد حكمه لانه صدر عن ولاية
عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزل لا يبطل قضاؤه واذا
رفع حكمه اي حكم المحكم الى قاض امضاه ان وافق مذهبه
لعدم الفائدة ثم فائدة هذا الامضاء ان لا يكون في نقضه صح
القاضي اخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه لان امضاءه
بمنزلة قضائه ابتداء وان لم يوافق مذهبه نقضه
ان لم يمضه لانه حكم لم يصدر عن ولاية عامة فلم يلزم
القاضي اذا خالف رايه ولا يصح التحكيم في حد وجب فيه
حق الله وقود لانهما لا يملكان اباحة دمهما فلا يجوز
حكم

كراس ١٥

١٤١

حكم المحكم فيهما لتوقف حكمه على صحة تحكيمهما وقيل ان
حكمه بمنزلة الصلح فلا يجوز فيه الاستيفاء ما لا يصلح
واستيفاء الحد والقود غير مشروع بالصلح فلا يجوز التحكيم
فيهما ويصح التحكيم في ساير المجتهدات وغيرها الذي هو
الثابت بالكتاب والسنة او الاجماع بالطريق الاولى قالوا
اي مشايخنا ولا يفتى به اي بالتحكيم دفعا لتجاسر العوام
وفي البحر واعلم ان معنى قولهم لا يفتى به لا يكتب على
الفتوى ولا يجاب باللسان وانما يسكت المفتي كما افاده
في الفتاوي الصغرى بقوله تكتم هذا الفصل ولا يفتى
به وظاهر الهداية ان معناه ان المفتي يكتب لا يحل فليتامل
فيه انتهى ولو حكماه في دم خطاء فحكم بالدية على العاقلة لا ينفذ
لان حكم المحكم لا ينفذ في غير المحكمين ولا ينفذ اذا في نصف
حق العاقلة لانهم ما رضوا بحكمه كما لو حكماه في عيب مبيع فقضى
برده ليس للبايع ان يرده على بايعه الا ان يرضى البايع
الاول والثاني والمشتري بحكمه فيد يكونها على العاقلة
لانه ينفذ فيه على القاتل من ماله اذا اقر بالقتل خطاء
وان لم يقر به لا ينفذ الحكم عليه لكونه مخالفا للنص
وهو قوله عليه السلام لا ولتا قوموا فدوه ولا يصح
حكم المحكم ولا المولى اي القاضي من جهة السلطان لابويه
وان علا وولده وان سفل وزوجته لانه يتهم بحكمه بهم
ويصح حكمهما عليهم كالشهادة حيث لا يجوز لهم ويجوز عليهم
ويصح لمن ولاه وعليه الا من جاز شهادته له وعليه جاز
قضاؤه له وعليه مسايل شتى شتى جمع شتيت
اي متفرقة من كتاب القضاء وهو هنا مرفوع على انه صفة
للمسايل والمسايل خبر مبتدا محذوف تقديره هذه مسايل

شيئ فاذا قلت جاءني القوم شتى يكون نصبا على الحال اي
متفرقين لنيس لذي سفل عليه اي على السفل علو لغيره
ان يتد اي لا يدق وتدا في سفله او ينقب كوة بضم الكاف
وتشديد الواو وهي الطاقة وفي الديوان بالفتح وهي
الروزنة وفي البحر بالفتح نقب البيت ويجمع كوى وقد تضم
الكاف في المفرد والجمع ويستعار للمفاتيح للاعلى المزارع
والجداول وفي الصحاح ان الجمع كوى ويقصر بلا رضى ذي
العلو ولا لذي العلو ان يبني عليه او يضع جذعا لم يكن قبل
او يحدث كنيفا بلا رضى ذي سفل عند الامام لكونه من
اسباب الضرر فيمنع القاضي وعندهما لكل منهما اي لكل من
صاحب السفل والعلو فعل ما لا ضرر فيه بلا رضى الاخر
اذ هو تصرف في ملكه وقيل قولهما تفسير لقوله اي لقول
الامام لانه انما يمنع لما فيه ضرر ظاهر وما لا ضرر فيه
فلا خلاف بينهم وقيل بل بينهما خلاف وهو في محل وقوع
الشك فيما لا شك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير
يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغي ان
يمنع اتفاقا وما يشك في التضرر به كدق الوتد في
الجدار والسقف فعندهما لا يمنع لان الاصل هو
الاباحة لانه تصرف في ملكه وهو يقتضي الاطلاق
والاصل عنده الحظر لانه تعلق به حق محترم للغير
والاطلاق يعارضه الرضى فاذا اشكل لا يزول المنع مع
انه لا يبرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء
او نقضه فيمنع عنه ولذا لا يملك صاحب السفل ان
يهدم كل الجدار والسقف فكذا نقضه وقول الامام
قياس وهل يمنع صاحب العلو من التصرف في العلو

اختلف

اختلف المشايخ على قول الامام قال الصدر الشهيد
المختار انه اذا اشكل انه يضر ام لا لا يملك واذا علم انه
لا يضر يملك وفي البحر لو انهدم السفل بغير صنع صاحبه
لا يجبر على البنا لعدم التعدي ولصاحب العلو ان يبني
ان شا ويبني عليه علوه ثم يرجع بقيمة البنا عليه
ويمنعه من الانتفاع والسكنى حتى يدفع اليه قيمته يوم
البنا لكونه مضطرا في ذلك وليس لاهل زايغة اي سكة
مستطيلة صفة الزايغة اي طويلة تتشعب اي تتفرع
منها اي من الزايغة المستطيلة مستطيلة غير نافذة اي
موضع اخر ولانه طريق غير طريق الزايغة المستطيلة
فتح باب في حائط وراهم في السكة المتشعبة لان فتحه
للمرور وليس لهم حق المرور بل هو مختص باهل السكة
الاولى فتح باب فقد اراد ان يتخذ طريقا في ملك الغير
ويحدث لنفسه حق الشفعة فيها فيمنع من قبل القاضي
الا ان يكون صغير الريح والضوء فلا يمنع وفي النافذة
المتشعبة والمستديرة التي لزق طرفاها يعني سكة
فيها اعوجاج حتى بلغ عوجها راس السكة فالسكة غير
نافذة لهم اي لاهل السكة الاولى ذلك اي فتح باب في
المتشعبة اما النافذة فلان المرور حق العامة وهو من
جملتهم واما المستديرة التي يتصل طرفاها بها فلانها سكة
واحدة من اولها الى اخرها فكانت القسمة مشتركا بين جميع
اهل السكة قيل هذا اذا كانت مثل نصف دائرة او اقل
اما اذا كانت اكثر من ذلك لا يفتح اهل الاولى بابا فيها
لكونها سكة على حدة ومن ادعى هبة في وقت يعني ادعى
رجل شيئا في يد رجل انه وهبه له وسلمه اليه في وقت

الشفعة لانها ملك لهم باجزايها فمن اراد من اهل السكة صح

حتى لو بيعت دار في المستديرة لكان الشفعة لجميع اهل السكة صح

كذا فيقبل ببينته اي فساله القاضي بينة لانكار المدعى عليه
عليه فقال المدعي جحد بي المدعى عليه الهبة فاشتريته
منه اولم يقبل المدعي ذلك اي جحد في الهبة فبرهن على الشرا
بعد وقت الهبة يقبل برهانه في الفصلين لان المدعى
في الحقيقة هو الشرا بعد الهبة ولو برهن على الشرا قبل اي قبل
وقت الهبة لا يقبل برهانه كما لو ادعى اولا انها اي الدار مثلا
وقفت عليه ثم ادعاها لنفسه او ادعاها لغيره ثم ادعاها
لنفسه فانه لا يقبل بخلاف ما لو ادعى الملك اولا ثم ادعى الوقف
اوغيره فانه يقبل والفرق ان التوفيق في الوجه الاول ممكن
فلا يتحقق التناقض لجواز ان يقول وهب لي منذ شهر ثم
ثم جحد في الهبة فاشتريته منه منذ اسبوع وفي الوجه الثاني
لا يمكن التوفيق فيتحقق التناقض لان دعوى الهبة اقرار
بان الموهوب ملك الواهب قبل الهبة فلا يقبل دعوى
الشرا قبل وقت الهبة وفي التبيين فلو لم يذكرها تاريخا
اوذكر لاحدهما ينبغي ان يقبل بينته لانه يمكن التوفيق بان
يجعل الشرا متاخرا وفي البحر ان قوله جحد في الهبة اشارة الى
انه لابد من توفيقه ولو ادعى ان زيدا اشترى جاريته
فانكر زيد وترك هو اي المدعي خصومته حل له اي للمدعي وطئها
اي وطي الجارية وكان الظاهر ان لا يجوز له قراره على ملك
الغير وجه الجواز ان للمشتري لما جحد الشرا كان جحوده البيع
فسخا من جهته اذ الفسخ رفع العقد من الجحود انكار العقد
من الاصل وبهذه المشابهة جعل الجحود مجازا عن الفسخ
كما في التنوير جحود ما عدا النكاح فسخ فلو جحدا نكاح
تزوجها ثم ادعاه وبرهن يقبل برهانه بخلاف البيع
ومن اقر بقبض عشرة دراهم من رجل ثم ادعى انها اي

العشرة

العشرة زيوف او نبهرجة صدق مع يمينه لان الدراهم
يقع عليها اطلاقه فيشمل ما اذا بين ذلك موصولا او مفصولا
لا يصدق ان ادعى انها ستوقة لان الدراهم لا يقع عليها
وقال صاحب المنح ولو ادعى انها ستوقة لا يصدق ان كان
البيان مفصولا وصدق ان كان البيان منه موصولا ولا
يصدق ان اقر بقبض الجياد او حقه او الثمن او با لاستيفاء
لان الاستيفاء عبارة عن قبض الجياد والحق بوصف التمام
ثم في قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق في دعواه
الزيوف مطلقا سوا كان موصولا او مفصولا وفيما اذا
اقر انه قبض الثمن او حقه او استوفى ثم ادعى انها كانت
زيوفا ينظر فان كان مفصولا لا يصدق وان كان موصولا
يصدق لامكان التاويل فالحاصل انه ان كان موصولا صحيح
في الكل والتفصيل في المفصول والفرق ان في المسايل الثلاث
اقر بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى كان
استثنا البعض من الكل فيصح موصولا كقوله علي الف الا
مائة اما اذا اقر بعشرة جياد فقد اقر بكل منهما بلفظ على حدة
فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق
الجودة كقوله علي مائة درهم ودينار الا دينارا كان باطلا
وان كان موصولا كما في البحر نقلا عن النهاية وفي هذا
يلزم للمصنف التفصيل تدبر والزيف ما يرده بيت المال
للقصور في الجودة الا انه مقبول بين التجار والنبهرجة
ما يرده التجار ايضا اي كما يرده بيت المال للرداءة ومقبولة عند
بعض الناس والستوقة ما غلب غشه اي ظاهرها فضة
ووسطها نحاس او رصاص وهي معرب ستوية قيد بدعوى
المقر لانه لو اقر بقبض دراهم معينة ثم مات فادعى وارثه

انه زيوف فلم تقبل وكذا اذا اقر بالوديعة او المضاربة او الغصب
ثم زعم انها زيوف فلم يصدق الوارث دون التنوير اقر بدين ثم
ادعى ان بعضه قرض وبعضه ربا وبرهن عليه قبل برهانه
ومن قال لمن اقر له بالف ليس لي عليك شيء وقال هو لك
او لفلان ثم قال له في مجلسه ذلك نعم لي عليك الف لا يقبل
منه بلا حجة لان الاقرار قد ارتد برد المقر له والثاني
دعوى فلا بد من الحجة او تصديق الخصم بخلاف ما لو كذب
من قال اشتريت مني هذه الامة فصدقه فانه يصح لان احد
العاقدين لا ينفرد بالفسخ فلا ينفرد برد العقد والمعنى انه
حقهما فبقي العقد بفعل التصديق اما المقر له ينفرد برد
الاقرار فافترقا كما في الهداية لكن اورد يعقوب باشا
في حاشيته سؤالا وجوابا في هذا المحل فليطالع ومن
قال لمن ادعى عليه مالا ما كان لك علي شيء قط فبرهن هو فبرهن عليه به صح
اي المدعى عليه على القضاء او الابراء قبل برهانه وقال زفر
لا يقبل لان القضاء يكون بعد الوجود وكذا الابراء وقد
انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق
قد يقضى ويبرأ منه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء
فيثبت ظاهرا ثم يقضي كما يقبل برهانه لو ادعى القصاص
على اخر فانكر المدعى عليه على من ادعاه من القصاص ثم
برهن المدعى عليه عن العفو او الصلح عن القصاص على
مال وكذا في دعوى الرق بان ادعى عبودية شخص فانكر
فاقام المدعي بينة على دعواه ثم ادعى المدعى عليه اعتاقه
واقام بينة تقبل وان زاد على انكاره لا اعرفك او لا رايتك او ما
جرى بيني وبينك معاملة او مخالطة او ما اجتمعت معك
في مكان فلا يقبل برهانه على القضاء والابراء
لتعذر

لتعذر التوفيق بين كلاميه لانه لا يكون بين اثنين
معاملة من غير معرفة وقال القدوري يقبل لامكان
التوفيق وفرع عليه في النهاية بان يكون بين كلاميه لان
المحتجب والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض
وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق
وفرع عليه في النهاية بان المدعى عليه لو كان ممن يتولى
الاعمال بنفسه لا يقبل لكن في الاصلاح كلام يمكن جوابه
فتتبع ولو ادعى على اخر بيع امته منه واراد ردها اي رد
الامة بعيب فانكر الاخر البيع فبرهن المدعي على البيع
منه وبرهن المنكر على البراءة من كل عيب لا يسمع برهان
المنكر لان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف
السلامة الى غيره فيقتضي وجود العقد وقد انكره
وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انها تقبل لامكان
التوفيق بان باعها وكيله وابرأ عن العيب وفي البحر
تفصيل فليطالع وفي التنوير اقر ببيع عبده من فلان
ثم جحده صح وذكر ان شاء الله في اخر صك اي من كتب صك
المشتري مثلا وذكر في اخره ما ادرك فلانا من درك فعلي
فلان خلاصه ان شاء الله تعالى قال وذكر ان شاء الله تعالى
قال وذكر ان شاء الله ولم يقبل وكتب لان كتب المجرد ليس
كالذكر في الحكم او كتب ذكر اقرار على نفسه وذكر في اخره
من قام بهذا الذكر فهو ولي ان شاء الله تعالى بطل كله
اي كل الصك عند الامام مجتبيا لان الكل كشيء واحد
فالاستثناء ينصرف الى جميعه بحكم العطف في اثنائه اما
لو ترك فرجة فقالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت
وعندهما يبطل اخره اي ما يليه فقط وهو استحسان

لان الاستثنا ينصرف الي ما يليه اذ التمسك للاستيثاق
ولو صرف الي الكل يكون للابطال وفي البحر والحاصل ان
الشرط اذا تعقب متعاطفة متصلا بها فانها للكل وما
للاستثنا بالاتفاق الي الاخير فصل في القضا بالمواريث ذكر
هنا مسالتين تتعلق باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت
امر في وقت بناء على ثبوته في وقت اخر مات نصراني فقالت
زوجته اسلمت بعد موته وفي استحقاق الميراث وقال
وارثه بل اسلمت قبله اي قبل موته ولا ميراث لك فالقول
له اي للوارث لا قول لها بغير بينة وعند زفر القول قولها
لان الاسلام حادث فيضاف الي اقرب الاوقات ولنا
ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما
للحال كما في جريان ماء الطاحونة والظاهر بلا حجة يصلح
للدفع لا للاستحقاق وكذا لو مات مسلم فقالت زوجته
النصرانية اسلمت قبل موته وفي استحقاق الميراث وقال
الوارث بل اسلمت بعده فليس لك الميراث يعني يكون القول
للوارث ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة
للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون
ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا كما في الهداية والتعبير
بالاستصحاب احسن من التعبير بالظاهر فان ما ثبت به
الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا لا حيانا لا حاد كثيرا
ما يجب استحقاقا كما في الفتح وان قال المودع بفتح الدال
هذا ابن مودعي بكسر الدال الميت لا وارث له غيره اي
غير هذا الابن وتقيد به لانه لو قال له وارث غيره ولا
ادري امات ام لا لا يدفع اليه شيء حتى يقيم المدعي
بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره دفع الوديعة اليه
اي الي

اي الي الابن لان ما في يده ملك الوارث خلافة عن
الميت مقيد باقراره بالبنوة لانه لو قال هذا اخوه
شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضي يتانى
في ذلك والفرق ان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن
لانه وارث على كل حال وقيد بالوارث احترازا عما اذا
اقر انه وصيه او وكيله الي الشري منه فانه لا يدفعها اليه
كما في البحر وان قال المودع لاخر بعد اقراره للاول هذا
ابنه ايضا وكذبه الاول وقال الثاني له ابن غيره قضي للاول
لا للثاني لانه لما صح اقراره للاول لكونه خاليا عن الكذب
انقطع يد المقر عن الوديعة فلا عبرة لاقراره للثاني
لكونه اقرارا على الغير ولم يذكر ضمان المودع للثاني ففي
الغاية انه لا يغرم للابن الثاني شيئا باقراره له وفي النهاية
فان قيل ينبغي ان يضمن المودع هاهنا للثاني كما
قلنا في مودع القاضي المعزول اذا بدا بالاقرار لما في يده
لانسان ثم اقر بان القاضي المعزول سلمه فانه يضمن
للقاضي قلنا هذا يضمن ايضا نصيبه اذا دفع الي المقر الاول
بغير قضا القاضي وهذا هو الصواب كما في الفتح ولو قسم
الميراث بين الورثة والغرما بشهادة لم يقولوا اي الشهود
فيها اي في هذه الشهادة لم نعرف له وارثا اخر وغريما اخر
لا يوخذ منهم اي من الورثة او الغرما كفيل وهو اي اخذ
الكفيل من قبل القاضي كما فعله البعض احتياط ظلم
اي ميل عن سوا الطريق وهذا يكشف عن مذهبه ان
المجتهد يخطي ويصيب على ان الامام اسبق الائمة واصحابه
براء لا كما ظنه البعض وفي الغاية اي دليل على ان المجتهد
يخطي ويصيب على ان الامام اسبق الائمة واصحابه براء

يبرأ عن منهيه الاعتراض الحيث قالوا كل مجتهد يصيب وتمامه
في البحر فليطالع وعندهما يوخذ لان في التكفيل نظرا للغايب
على تقدير وجوده وللامام ان وجوده احتمال موهوم فلا يوخذ
الثابت قطعا له اطلقه فشمل ما اذا اثبت الدين والارث
بالبينة او بالاقرار والخلاف في الاول ولا خلاف في اخذ
الكفيل في الثاني وهي واردة على اطلاقه وشمل ما اذا قال
الشهود لا نعلم له وارثا غيره وهنا لا يوخذ الكفيل اتفاقا
وقيد بعدم التكفيل لان القاضي يتلوم ولا يدفع اليه
حتى يغلب على ظنه انه لا وارث غيره ولا غريم له اتفاقا
ومن ادعى على شخص عقارا ارثا له اي لنفسه ولاخيه
الغايب وبرهن المدعي عليه اي ما ادعاه دفع اليه اي
للمدعي نصفه اي نصف ما ادعاه مشاعا غير مقسوم وترك
باقيه اي ترك نصفه الباقي وهو نصيب الغايب مع ذي
اليد بلا اخذ كفيل منه اي من ذي اليد ولو كان ذو اليد
جاحدا دعواه عند الامام هذا ظاهر في صورة الاقرار
وايضا في صورة الجحود لان الحاضر ليس بخصم عن الغايب
في استيفا نصيبه وليس للقاضي التعرض بلا خصم كما
اذا ادعى شيئا في يد انسان يعلم انه لغيره لا ينازعه بلا
خصم وقد ارتفع جحوده بقضا القاضي اذ القضية صارت
معلومة فلا يجحد بعده فيصير جحوده قبل ذلك لاشتباه
الامر فلا يكون خاينا به ولان يد الجاحد يد ضمان ويد
الغير يد امانة فاليد الاولى بالحفظ اولى وقالا ان لم يكن
جاحدا فكذا وان كان جاحدا اخذ اي القاضي النصف
الاخر منه اي من ذي اليد ووضع عند امين لخيانته
بجحوده فلا نظر في تركه وفي المنقول يوخذ منه اي

اي من

اي من ذي اليد بالاتفاق ان كانت الدعوى في المنقول
فقيل يوخذ ويوضع عند عدل اي المنقول صاحبه اتفاقا
في الاصح لامكان كتمان المنقول على الكبير الغايب دون
العقار وقيل هذا على الخلاف يعني عند الامام يترك
نصفه الباقي مع ذي اليد ولا يستوثق نفسه بكفيل وعند
هما يوخذ منه ويوضع على يد عدل وقيل يوخذ الكفيل بلا جحود
بالاتفاق لجحوده واجمعوا انه لا يوخذ لو مقرا كما في البحر
واذا حضر الغايب دفع اليه اي الغايب نصيبه بدون
اعادة البينة لعدم الحاجة الى اعادتها واي القضا لان
احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيثبت الملك للميت
ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامه
فيما عليه دينا او عينا فيقوم مقام ساير الورثة في ذلك
كما في التبيين وفي البحر لم يذكر فيها اختلافا وذكره في
الفصولين وصحح انه لا يحتاج وكذا ينتصب احدهم
فيما عليه مطلقا ان كان دينا وان كان في دعوى عين
فلا بد كونها في يده ليكون قضاء على الكل وان كانت
البعض في يده نفذ بقدره وظاهر ما في الهداية والنهاية
انه لا بد من كونها كلها في يده في دعوى الدين ايضا
وصرح في الفتح بالفرق بين العين والدين وهو الحق
وغيره سهو انتهى ومن اوصى بثلث ماله فهو اي
الثلث يقع على كل مال له لانها اخت الميراث والميراث يجري
في الكل وكذا هي ولو قال مالي او ما املكه صدقة فهو يقع
على مال الزكاة كالنقدين ومال السوايم واموال
التجارة بلغ النصاب اولا وسوا كان عليه دين
مستغرق او لا لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها

بخلاف العقار لانه محفوظ بنفسه ولذا ملك القاضي بيع المنقول صح

او لم يكن عليه دين صح

ولا شرائطها هذا عندنا وهو استحسان والقياس استوا بهما
وهو قول زفر لان اسم المال يتناول الكل وجه الاستحسان
ان ما اوجبه العبد لنفسه معتبر بايجاب الله تعالى لعبده
اذ الشرع صرف الصدقة الى المال الذي فيه الزكاة لا الى
كل المال وكذا ينصرف ايجاب العبد اليه بخلاف الوصية
لانها تعتبر بالميراث فتجري في جميع الاموال وتدخل فيه
اي في النذر ارض العشر عند ابي يوسف لكونها مصرفا
مصرف الزكاة خلافا لمحمد فانه قال لا تدخل ارض العشر
لانها من معنى المونة ولذا اوجب العشر في ارض الصبي
والمكاتب والاوقاف وضمها الامام اليه في الرواية ولا تدخل
الخراجية لتمحضها للمونة فان لم يكن له اي لصاحب الشخص
مال غيره اي غير ما دخل تحت الايجاب امسك منه اي من
غير ذلك المال المقدر قوته اي قوت نفسه وعياله
لاحتياجه اليه فاذا اصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثل
ما امسك ليكون موفيا لما اوجبه ولم يقدر بشي لاختلاف
احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب
الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت
في مدة وصولها الى المال قيد بالمال لانه لو نذر بغير تعيين
شي للاختصاص انه اذا قال الف درهم من مالي صدقة
وهو لا يملك الا مائة لا يلزمه الا بقدر ما يملك وان لم يكن
له شي كما في البحر ومن اوصى اليه ولم يعلم الوصي بالايصاء — لا يجب عليه شي
فهو وصي حتى باع شيئا من التركة بعد موت الموصي بغير
علم يجوز بيعه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه
لا يصح بلا علمه بخلاف التوكيل اي لا يصح بدون علم الوكيل
بذلك ولذا لو باع شيئا من متاع الموكل لا يجوز بيعه والفرق

ان الوصية استخلاف بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف
على العلم كتصرف الورثة واما الوكالة فاثبات ولاية
التصرف في ماله وليست باستخلاف لبقاء ولاية المنوب
عنه فلا يصح بلا علم من ثبتت له الولاية وقيل في الاخبار
بالتوكيل خبر فرد وان كان ذلك الفرد فاسقا اي لا يشترط
لصحة التوكيل خبر عدل بل يشترط الواحد سوا كان عدلا
او فاسقا او عبدا او صغيرا مميزا وليس فيه الزام كسائر
المعاملات لان الوكيل ان شا يستوفي لا يعمل في الحق لعله
والظاهر ان الضمير يرجع الى التوكيل لكن لا معنى له بل الاولى
ان يترك قوله منه والنفي في العزل اي لا يقبل في عزل الوكيل
تدبر الا خبر عدل اي لا يقبل خبر فاسقين وفيه اشعار بانه
لا يشترط لفظ الشهادة او مستورين وظاهر قوله لا يقبل
خبر الفاسقين انه ضعيف والصحيح قبوله وتثبت هذه
الاحكام لان تاثير خبر الفاسقين اقوى من تاثير خبر
العدل لما قيل انه لو قضى بشهادة واحد عدل لم ينفذ وبشهادة
فاسقين نفذ كما في البحر وهذا عند الامام وعندهما هو
اي العزل كالاول اي التوكيل في انه يقبل في الاخبار
بالعزل خبر فرد ولو كان فاسقا كالاخبار بالتوكيل وعند
الائمة الثلاثة شرط في العزل والنفي عدالات وكذا الخلاف بين
الامام وصاحبيه باخبار السيد بجناية عبده يعني لو
اخبره فاسق للسيد بان عبده جنى خطا فباع او اعتق لا
يصير مختارا للفدا وعندهما يصير والشفيع بالبيع يعني
الشفيع اذا سكت بعد ما اخبر فاسق بالبيع لا يكون
تاركا للشفعة عنده وعندهما يكون والبكر البالغ
بالتزويج يعني اذا اخبر فاسق البكر البالغ بالنكاح — الثلاثة

فسكتت لانصرف امنية بالنكاح عنده خلافا لهما ومسلم
لم يهاجر بالشرائع متعلق بأخبار مقدر اي من اسلم
في دار الحرب فاخبر بالشرائع فاسق لا يوجب عنده خلافا
لهما لان كل واحد منهم من جنس المعاملات فلا يتوقف
على احد وصفي الشهادة ولهما ان فيها الزام من وجه
دون وجه فيشترط احد شطري الشهادة اما العدد
او العدالة فلا يثبت بخبر المراة والعبد والصبي وان
وجد العدد والعدالة هذا مقيد بأن يكون غير
الخصم ورسوله فلا يشترط فيه العدالة لو اخبر الشفيع
المشتري بنفسه وجب الطلب اجماعا او الرسول يعمل بخبره
وان كان فاسقا اتفاقا فاصدقه او كذبه كما ذكره الاسبيجابي
لكن في البحر تفصيل فليطالع ولو باع القاضي او امينه
عبد الرجل للغرما لاجل ديونهم واخذ المال اي اخذ القاضي
او امينه الثمن فضاع عند القاضي او امينه واستحق
العبد ولزم من يد المشتري لا يضمن القاضي ولا امينه
الثمن للمشتري لان القاضي وامينه بمنزلة الخليفة
فكل واحد منهم لا يلزمه الضمان كيلا تتقاعد الناس
عن قبول هذه الامانة فيلزم تعطيل مصالح المسلمين
وفي البحر امين القاضي هو من يقول له القاضي جعلتك
امينا في بيع هذا العبد اما اذا قال بع هذا العبد ولم
يزد عليه تختلف المشايخ والصحيح انه لا يلحقه عهدة ويرجع
المشتري على الغرما لان البيع وقع لهم فكانت العهدة
عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما تجعل العهدة على الموكل
عند تعذر جعلها على الوكيل بان كان صبيا او عبدا محجورا
عليه ولو باعه اي العبد الوصي لاجلهم اي لاجل الغرما بامر القاضي
له

له بالبيع وقبض ثمنه واستحق العبد او مات قبل قبضه
اي قبض المشتري من الوصي وضاع المال اي ثمن العبد رجع
المشتري بالثمن على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت
فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وكذا الوصي الذي
نصبه القاضي لان نصبه ليكون قائما مقام الميت وهو
اي الوصي يرجع على الغرما لانه عامل لهم ومن عمل عملا
لغيره ولحقه بسببه ضمان يرجع به من يقع له العمل وفي
البحر والتقييد بامر القاضي اتفاقي وليعلم حكمه بغير امره
بالاولى ولهذا قال الامام الخضيري وامر القاضي وعدم
امره سوا وفي التنوير اخرج القاضي الثلث للفقرا ولم
يعطهم
يعطهم حتى هلك كان الهلاك من مال الفقرا والثلثان للورثة
ولو قال لك قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم او القطع
او الضرب فافعله وسعك فعله ولا يلزم عليه عند الله تعالى
لان طاعة اولي الامر واجبة وتصديقه فيه طاعة له وقول
مثل هذا القاضي حجة وقال محمد اخيرا وهو مذهب مالك
والشافعي لا يقبل قوله حتى يعاين الحجة لان قول القاضي
يحتمل الغلط والتدارك لا يمكن وكثير من مشايخنا
اخذوا به وفي عيون المذاهب وبه يفتى لفساد اكثر
قضاة زماننا وفي البحر تفصيل فليراجع وكذا وسعك
فعله في القاضي العدل غير العالم اذا استفسر فاحسن
تفسيره اي لو قال قاض جاهل عادل يلزم ان نسأله
عن سببه فان احسن تفسير قضائه على مقتضى الشرع
بان قال استقصيت للمقر به كما هو المعروف وحكمت عليه
بالرجم يسعك فعل ما امر به والا اي وان لم يحسن تفسيره
فلا يسعك فعل ما امر به لخطائه بسبب الجهل ولا يعمل بقول

غير العدل مطلقا سوا كان عالما او جاهلا لتهمة الجناية بنفسه ما لم يعاين سبب الحكم اي يعاين سببا شرعيا للحكم لم يعمل بقوله لانتفا التهمة ولو قال قاض عزل لشخص اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها اي بتلك الالف عليك او قال قضيت بقطع يدك في حق فقال ذلك الشخص بل اخذتها اي تلك الالف او قطعت يدي ظلما متعلق باخذت وقطعت على التنازع واعترف ذلك الشخص بكون ذلك اي الاخذ او القطع حال ولايته اي ولاية القاضي صدق القاضي ولا يمين عليه لان المدعي اقر بكون الاخذ في حال قضايه فكان رضي بشهادة الظاهر هو ان القاضي لا يظلم في قضايه لكونه امينا فيما فوض اليه ويقبل قوله بلا يمين لانه لو لزمه اليمين يصير خصما وقضا الخصم لا ينفذ فتتعطل امور الناس ولو قال ذلك الشخص القاضي فعلته قبل ولايتك او بعد عزلك وادعى القاضي فعله في زمان ولايته فالقول له اي للقاضي ايضا هو الصحيح لانه متى اعترف انه كان قاضيا صحت اضافة الاخذ الى حالة القضا لان حالة القضا معهودة وهي منافية للضمان فصار القاضي بالاضافة الى تلك الحالة منكرا الضمان فكان القول له كما لو قال طلقت او اعتقت وانا مجنون وجنونه كان معهودا وقوله وهو الصحيح احتراز عما قال السرخسي اذا انعم للدعوات القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب اوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدقه الا بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم

بالحال

الجائر والقاطع او الآخذ ان كانت دعواه كدعوى القاضي ضمن القاطع او الآخذ هنا اي فيما قال المدعي فعلته قبل ولايتك او بعد عزلك لا يضمن في الاول اي فيما اعترف المدعي بكون ذلك حال الولاية اي اذا اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لم يضمن لان قول القاضي حجة ودفعه صحيح فصار اقراره به كفعله معاينا ولو اقر واحد منهما في الفصل الثاني بما اقر به القاضي يضمن لانه اقر بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب ضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضايه بالتصادق وفي التنوير ضرب شخص ههنا لانسان عند الشهود وقال اصابه كان الدهن نجسا وانكره المالك فالقول للضارب ولو قتل شخص رجلا وقال قتلته لردته او لقتله لم يقبل قوله والله اعلم

كتاب الشهادات

اخرها عن القضا لانها كالوسيلة وهو المقصود وشروطها كثيرة تاتي في اثنا المسايل حتى قال صاحب البحر ان شرايطها احد وعشرون شرطا شرايط التحمل ثلاثة وشرايط الادا سبعة عشر منها عشر شرايط عامة ومنها سبعة شرايط خاصة وشرايط نفس الشهادة ثلاثة وشرط مكانها واحد وسبب وجوبها طلب ذي الحق او خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه ان يشهد بلا طلب انتهى هذا البحث مسلم لانه لا يجب ان يشهد بدون الطلب مطلقا بل يجب عليه ان يعلم صاحب الحق بانه يشهد له فان ادعاه وجب عليه والا فلا يجب بل هو مقيد بان يكون ادعى عند القاضي فشهد اليه

ولم يجد في هذا ما يتم به مدعاه وذكر ان حاضرا يجب ان يشهد
فيشهد لانه طلب حكمي لان المدعي ادعى عند الحاكم الا وهو
يطلب من يشهد له بحقه حكما ذكره المقدسي وركنها
استعمال لفظ الشهادة وحكمها وجوب الحكم على القاضي
بما ثبت بها وفي المبسوط والقياس يأبى كون الشهادة
حجة ملزمة لانها خبر محتمل الصدق والكذب والمحتمل لا يكون
حجة الا ان هذا القياس ترك بالنصوص والاجماع
والشهادة في اللغة خبر قاطع وقد شهد كعلم وكرم
وقد تسكن هاؤه وشهده كسمعه شهودا حضره
فهو شاهد وقوم شهود اي حضور وشهد له بكذا شهادة
اي ادى ما عنده فهو شاهد والجمع شهود وتمامه في البحر
فليطالع وفي التبيين هي اخبار عن مشاهدة وعيان
لا عن تخمين وحسبان هذا في اللغة ولهذا قالوا انها
مشتقة من الشهادة التي تنبئ عن المعاينة وسمي الاداء
شهادة اطلاقا لاسم السبب على المسبب انتهى وهو خلاف
الظاهر وانما هو معناه الشرعي ايضا كما في البحر وعن هذا
قال هي اي الشهادة اخبار شرعي بحق اي بما له او غيره للغير
اي يحصل للغير الجزم من كل الوجوه كما هو المتبادر فيخرج عنه
الانكار فانه اخبار به لنفسه في يده وكذا دعوى الوكيل
فانه ليس باخبار للغير من كل الوجوه كما ظن كما في القهستاني
على الغير فخرج الاقرار اذ هو اخبار عن نفسه ويدخل
فيه الشهادة بالزنا والبيع ونحوهما عن مشاهدة لا عن
ظن واليه الاشارة للمصطفى عليه السلام حيث اذا رايت مثل
الشمس فاشهد والا فدع وفي العناية وفي اصطلاح
اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم
بلفظ

بلفظ الشهادة فالاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة
وقوله صادق يخرج الكاذبة وما بعده يخرج الاخبار
الصادقة غير الشهادات انتهى ويرد عليه قول القائل
في مجلس القاضي اشهد برؤية كذا لبعض العرفيات
والاولى ان يزاد لاثبات حق كما في الفتح ومن تعين
لتحملها اي الشهادة بان لا يوجد غيره ممن هو اهل الشهادة
لا يسعه ان يمتنع منه اي من التحمل اذا طلب لان الامتناع
من التحمل من تضييع الحقوق وان لم يتعين للتحمل بان يوجد
غيره فهو مخير ويفترض اداؤها اي اداء الشهادة بعد
التحمل اذا طلبت الشهادة منه اي من الشاهد لقوله تعالى
ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا
الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهذا وان كان نهيا
عن الاباء والكتمان لكن النهي عن الشيء يكون امرا بضده
اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء لا يكون الا بالاشتغال
به فكان اداء الشهادة فرضا قطعا كفرضية الانتهاء عن
الكتمان فصار كالامر به بل آكد ولهذا اسند الاثم الى الآلة
التي وقع بها الفعل وهو القلب لما عرفت ان اسناد الفعل
الى محله اقوى من الاسناد الى كله فقوله ابصرته بعيني
آكد من قوله ابصرته واسناده الى اشرف الجوارح دليل
على انه اعظم الجرائم بعد الكفر ثم اداء الشهادة انما يجب
اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القضاء وان كان
بعيدا بحيث لا يمكن ان يجيء الى القاضي ويرجع بعد في
يومه هذا الى منزله لا يأثم بتركها ولو كان شيخا كبيرا
لا يقدر على المشي يجوز له الركوب على مركب المدعي والا
فلا وفي البحر لو شهد عند الشاهد عدلان ان المدعي

قبض دينه او ان الزوج طلقها ثلاثا او ان المشتري
اعتق العبد او ان الولي عفى عن القاتل لا يسعه
ان يشهد بالدين والنكاح والبيع والقتل الا ان يقوم
الحق بغيره بان يكون في الصك سواه ممن يقوم به
الحق فحينئذ لا يفترض لان الحق لا يضيع بامتناعه
ولا يفترض كفاية وفي الدرر عن انه انما يأثم اذا علم
ان القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم
ان القاضي لا يقبل شهادته او كانوا جماعة فادى غيره
ممن تقبل شهادته فقبلت لا يأثم وان ادى غيره ولم
تقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن تقبل شهادته
لان امتناعه يؤدي الى تضييع الحق قال شيخ الاسلام
لو اخر الشاهد الشهادة بعد الطلب بلا عذر ظاهر
ثم ادى لا تقبل وسترها اي ستر الشهادة في الحدود
افضل من ادائها يعني انه يخير بين ان يظهرها
لما فيه ازالة الفساد او قلته وبين ان يسترها وهو
احسن لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته
بثوبك كان خيرا لك وفي الحديث من ستر على مسلم ستر
الله عليه في الدنيا والاخرة وقد صح ان النبي عليه
السلام لقن المقر بالزنا الدرء للحد عنه فيشهد وكفى به
قدوة وكذلك نقل عن الخلفاء الراشدين واما قوله تعالى
ومن يكتمها فانه اثم قلبه فذلك في حقوق العباد وفي البحر
تفصيل فليطالع ويقول الشاهد في شهادة السرقة
اشهد انه اخذ ماله لئلا يلزم ترك الواجب لا سرق
للتحرز عن وجوب الحد وضياع المال لان القطع والضمان
لا يجتمعان فاعتبر في السرقة الستر مع الشهادة وحكي عن

هارون

هارون الرشيد كان جمع جماعة الفقهاء وفيهم ابو يوسف
فادعى رجل على اخر اخذ ماله من بيته فاقر بالاخذ
فسال الفقهاء فافتوا بقطع يده فقال ابو يوسف لا لانه
لم يقر بالسرقة وانما اقر بالاخذ فادعى المدعي انه سرق
فاقر بها فافتوا بالقطع وخالفهم ابو يوسف فقالوا له
لم قال لانه لما اقر اولا بالاخذ ثبت الضمان عليه وسقط
القطع فلا يقبل اقراره بعده بما يسقط الضمان عنه
فعجبوا منه وشرط للزنا اربعة رجال من الشهود
لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم
فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم
ياتوا باربعة شهداء ولفظ اربعة نص في العدد والذكور
كما في البحر واوردا انكم لا تقولون بالمفهوم فمن اين لكم
عدم جواز الاقل فاجاب الزيلعي انه بالاجماع واورد
المعارضة بين هذه وبين قوله فاستشهدوا شهيدين
الاية واجاب في الفتح بانه مبيحة وتلك مانعة والتقديم
للمانع هذا الاشتراط انه تعالى يحب الستر على عباده
والوعد بالعذاب من احب اشاعة الفاحشة على المؤمنين
وفي اشتراط الاربع ووصف الذكورة تحقيق معنى الستر
وشرط للقصاص وبقية الحدود وكذا اسلام كافر وردة
مسلم ذكره في التنوير رجلان لقوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم فلا تقبل شهادة النساء لقول
الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله
عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في
الحدود والقصاص ولشبهة البدلية لانها قائمة مقام
شهادة الرجال لان الحد والقصاص تندرئ بالشبهات

16

وشرطت للولادة والبكارة وعيوب النساء لا يطلع عليه
الرجال امرأة حرة مسلمة لقوله عليه السلام شهادة النساء
فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف
واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو الواحد وهو
حجة على الشافعي في اشتراط الاربع وهو قول عطاء بناء
على ان كل امرأتين مقام رجل واحد وعلى مالك في اشتراط
امرأتين وهو قول الثوري لانه لما سقط اعتبار الذكورة
بقي العدد معتبرا وفيه اشارة الى ان الرجل لو شهد
لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا قال تعمدت النظر
اما اذا شهد بالولادة فاجابها فاتفق نظري عليها تقبل
شهادته اذا كان عدلا كما في المبسوط هذا اذا تأيد
الشهادة بالاصل لانها لو قالت هي بكر يؤجل القاضي
في العنين سنة لان شهادتها تأيدت بالاصل هي
البكارة فلو قالت هي ثيب لا تقبل لانها تجردت عن
المؤيد وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة
فان قلن انها ثيب يحلف البايع لينضم نكوله الى قولهن
والعيب يثبت بقولهن فيحلف البايع كما في الهداية
فان قلت لو ثبت العيب بقولهن لا يحلف البايع بل ترد
عليه الجارية فكيف يكون تحليف البايع نتيجة لثبوت
العيب وانما هو مثبت للرد لا للتحليف قلت معناه العيب
ثبت بقولهن في حق سماع الدعوى وحق التحليف حتى
انهن لو لم يقلن انها ثيب ليس للمشتري ولاية
التحليف وكذا اشترط شهادة امرأة واحدة لاستهلال
المولود في حق الصلاة عليه بالاجماع لانها من
امور الدين لا في حق الارث عند الامام لانه مما

يطلع

بلغ

يطلع عليه الرجال وعندهما في حق الارث ايضا اي كما تقبل
شهادتها في حق الصلاة لانه صوت عند الولادة ولا
يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتها على نفس الولادة
وبقولهما قال الشافعي واحمد وهو الارجح كما في الاصلاح وشرط
لغير ذلك المذكور من الحدود والقصاص وغيرهما مما يطلع عليه
الرجال رجلان او رجل وامرأتان سواء كان الحق مالا او غير
مال كالنكاح والرضاع والطلاق والوكالة والوصية
والرجعة والاستهلال في حق الارث والعتاق والنسب
وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في
الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم
قبول شهادتهن لنقصان العقل وقصور الولاية واختلال
الضبط ولكن قبلت في الاموال ضرورة لعموم البلوى بكثرة
وجودها وقلة خطرها فيقتصر عليها وبه قال مالك واحمد
في رواية ولنا ما روي ان عمر وعليا رضي الله عنهما اجازا
شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة والاصل
قبول شهادتهن لوجود ما تبتني اهلية الشهادة عليه وهي
المشاهدة والضبط والاداء وما يتم منهن من خلل
الضبط بزيادة النسيان يجبر بضم الاخرى اليها فلم
يبق بعد ذلك الا الشبهة ولهذا لا تقبل فيما يندرئ
بالشبهات فهذه الحقوق تثبت بالشبهة وانما لا تقبل
شهادة الاربع من غير رجل لئلا يكثر خروجهن كما في
الهداية وقال صاحب العناية ولم يذكر الجواب عن قوله
لنقصان العقل وقصور الولاية والجواب عن الاول
انه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان
ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب الاول استعداد

بالفعل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع افراد الانسان
في مبدا فطرتهم والثانية ان تحصل البديهيات باستعمال
الحواس في الجزئيات فتتهيا لاكتساب الفكريات بالفكرة
ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة
تحصيل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار
الى اكتساب ويسمى العقل المستفاد والمعنى فيها هو مناط
ثم بالفعل والرابعة ان يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل صح
التكليف وهو العقل بالملكة فهن ناقصات بحسب هذه
الحالة في تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في
الجزئيات وبالنسبة ان شئت فانه لو كان في ذلك نقصان
لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس
كذلك وقوله عليه السلام ناقصات عقل المراة العقل
بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا
ظهر الجواب عن الثانية ايضا فتامل انتهى ويشترط للكل
الحرية فلا تقبل شهادة العبد والاسلام فلا تقبل شهادة
الكافر على المسلم وما في المنح من ان الذمي اهل للشهادة
في الجملة محمول فيما اذا شهد الكافر على مثله والعدالة
وهي كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته وهي الاحتراز
عما يعتقده حراما في دينه وهذا يتناول الاجتناب
عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر وعن ابي يوسف
ان الفاسق اذا كان وجيها ذا مروة تقبل شهادته والاول
اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا خلافا
للشافعي ولنا ان العدالة شرط وجوب العمل بالشهادة
لا شرط اهلية الشهادة لان الفاسق اهل للقضاء والشهادة
الا ان يمنع الخليفة من القضاء بشهادة الفاسق فلا ينفذ
القضاء بشهادة الفاسق ويشترط لفظ الشهادة اي لفظ
اشهد

اشهد في جميع ما تقدم لورود عبارة النص كذلك ولكونه
من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ
اشد ولا تصح الشهادة لو قال اعلم او اتيقن مكان اشهد
مخالفا لما نطق به الكتاب واعلم ان كل موضع لا يشترط فيه
لفظ الشهادة كطهارة الماء والرؤية وهلال رمضان لا يكون
الواقع فيه من قبيل الشهادة الشرعية بل من قبيل
الاخبار ولا يسال قاض عن شاهد كيف هو بلا طعن
الخصم عند الامام عملا بظاهر عدالة المسلم لقوله عليه
السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا
في قذف فان طعن الخصم يسال القاضي في السر ويزكي في
العلانية الا في حد وقود فانه يسال القاضي ويزكي
في العلانية منهما ان طعن الخصم او لا لانه يحتال
لاسقاطهما فيشترط الاستقصاء فيهما وعندهما يسال
في سائر الحقوق سرا وعلنا وان لم يطعن الخصم لان مبنى
القضاء على الحجة وهي شهادة العدول فيها هذا اختلاف عصر
وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان عصره مشهود له
بالخير في الحديث لكونه قرنا ثالثا وعصرهما مشكوك
فيه لكونه قرنا رابعا اذ نشا فيه الكذب لتغير احوال
الناس وبه اي بقولهما يفتى في زماننا لان
الفساد في العصر اكثر كما في اكثر المعتبرات ومحل السؤال
على قولهما عند جهل القاضي بحالهم ولذا قال في البحر
نقلا عن الملتقط القاضي اذا عرف الشهود بجرح او عدالة
لا يسال عنهم ويجزي الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن
الفتنة والتزكية في السر ان يبعث القاضي امينا الى المعدل
ويكتب اليه كتابا فيه الشاهد ونسبه ومحلته

وسنجده فينبادل عن جيرانه واصدقائه فاذا عرفهم بالعدالة
يكتب هو عدل فاذا عرفهم بالفسق يكتب والله اعلم او لا
يكتب شيا احترازا عن كشف الستر واذا لم يعرفهم بالعدالة
او بالفسق يكتب هو مستور ويرده الى القاضي سرا كيلا
يظهر فيخدع والتزكية في العلانية ان يجمع بين المعدل
والشاهد في مجلسه لينتفي شبهة تعديل غيره ويكفي
للتزكية ان يقال هو عدل في الاصح لان من نشا في دار
الاسلام وفي زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام
ولهذا لا يسال القاضي عن حرية الشاهد واسلامه
ما لم ينازعه الخصم وقيل لا بد من قوله عدل جائز الشهادة
لان العبد او المحدود في قذف اذا تاب قد يكون عدلا مع
انه لا تجوز شهادة كل واحد منهما ولا يصح تعديل الخصم
بقوله هو عدل لكن اخطا في الشهادة او نسي كيفية الواقعة
هكذا قال الامام بل يصح تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح
ممن لا يراه ومراده هو قول من يرى السؤال عن الشهود
واما على قول من لا يراه فلا يتاتى ذلك لانه لا يرى السؤال
عن الشهود ونظيره المزارعة فانه لا يراها وفرع هذا فرع
عليها على قول من يراها وعنهما انه يجوز تزكيته وهو
قول الائمة الثلاثة لكن عند محمد لا بد من ضم اخر اليه
لانه لا يجوز تعديل الواحد عنده ووجه الظاهر انه في
زعم المدعي وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب في
الجحود وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح واطلق الخصم
ولم يقيده لكن قيده صاحب المنح بما اذا كان لم يرجع
اليه في التعديل لانه اذا كان ممن يرجع اليه في
التعديل صح قوله كما صرح في البزازية مضيفا هذا
لو قيده

١٥٤

لو قيده كما قيده صاحب المنح لكان اولى فان قال الخصم هو
عدل صدق اي عادل صادق ثبت الحق اي حق المدعي لانه
اقرار منه بثبوت الحق بخلاف ما لو قال هم عدول ولم
يزد عليه حيث لا يلزمه شيء لانهم مع كونهم عدولا يجوز منهم
النسيان والخطا فلا يلزم من كونه عدلا الا ان يكون
كلامه صوابا كما في الدرر وكذا في البحر نقلا عن الصدر
الشهيد انه يكون مقرا بقوله صدقوا فيما شهدوا وانه على الحق بقوله
هو عدل فيما شهد وانه على حق ويكفي الواحد لتزكية السر
والترجمة والرسالة الى المزكي فيصلح الواحد ان يكون
مزكيا للشاهد ومترجما عن الشاهد ورسولا من القاضي
الى المزكي عند الشيخين لان التزكية من امور الدين فلا
يشترط فيها الا العدالة حتى يجوز تزكية العبد
والمراة والاعمى والمحدود في القذف اذا تاب لانه خبرهم
مقبول في الامور الدينية والاثنان احوط لان فيه زيادة
الطمانينة وعند محمد لا بد من الاثنين وهو قول الائمة
الثلاثة لان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي
تبتني على ظهور العدالة فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة
ومحل الاختلاف فيما اذا لم يرض الخصم بتزكية الواحد فان رضي
جاز اجماعا هذا في تزكية السر اما في تزكية العلانية يشترط
جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغيرها سوى
لفظ الشهادة لان معنى الشهادة فيه اظهر ولذا يختص بالاجماع صح
بمجلس القاضي وعن هذا قالوا تشترط الحرية في تزكية
العلانية دون السر وكذا يشترط العدد فيها على ما قاله
الخصاف فيشترط في تزكية شهود الزنا اربعة ذكور عند
محمد كما في الهداية **فصل** لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة

شرع في بيان ما يتحمله الشاهد وهو نوعان الاول ما يثبت
بنفسه بلا اشهاد والثاني لا يثبت بنفسه بل يحتاج الى
الاشهاد فشرع في الاول وقال يشهد بكل ما سمعه من
المسموعات او رآه من المبصرات كالبيع والاقرار وحكم
الحاكم مثال لما كان من المسموعات كما في الاقرار ايد لم يمكن
ان يكون مثالا لهما كما في البيع والغصب والقتل مثال لما
كان من المبصرات وان وصلية لم يشهد من الافعال التي
المفعول عليه اي على ما ذكر من جانب المدعي لان كل واحد
منهما ثابت الحكم بنفسه ويقول اشهد انه باع او اقر لانه
عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا
كان البيع بالعقد فظاهر وان كان بالتعاطي فكذا لان
حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل لا
يشهدون على البيع بل على الاخذ والاعطاء لانه بيع
حكمي وليس ببيع حقيقي كما في التبيين لكن في البزازية
ولو شهدوا بالبيع جاز ولا بد من بيان الثمن في الشهادة
على الشراء لان الشراء بثمن مجهول لا يصح لا يقول اشهدني
فيما لا اشهاد فيه لانه غير واقع فيكون كذبا وفي
التبيين ولو سمع من وراء الحجاب لا يسعه ان يشهد لاحتمال
ان يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة الا اذا كان في
الداخل وحده وعلم الشاهد انه ليس فيه غيره ثم جلس
على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا
يراه لانه يحصل به العلم وينبغي للقاضي اذا فسر له ان
لا يقبله وقالوا اذا سمع صوت امراة من وراء الحجاب لا يجوز
ان يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار
قال الفقيه ابو الليث اذا اقرت المراة من وراء الحجاب

ويشهد

ويشهد عنده اثنان انها فلانة بنت فلان بن فلان فلا
يجوز لمن سمع اقرارها ان يشهد عليها الا اذا راى شخصها
حال ما اقرت فحينئذ يجوز ان يشهد على اقرارها برؤية
شخصها لا رؤية وجهها قال ابو بكر الاسكاف المراة اذا
حسرت عن وجهها فقالت انا فلانة بنت فلان بن
فلان وقد وهبت لزوجي مهري فان الشهود لا يحتاجون
الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان ما دامت
حية اذ يمكن للشاهد ان يشير اليها فان ماتت فيحتاج
الشهود الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان
ابن فلان كما في البزازية ثم شرع في النوع الثاني فقال
ولا يشهد على شهادة غيره اذا سمع اداءها اي لا يشهد
على شهادة شاهد حتى سمع الشهادة منه سواء سمع في مجلس
القاضي او غيره لان هذه الشهادة غير ثابتة الحكم بنفسها
بل بالقاضي فكيف يلزم التحمل مع النظر بحيلة حيث لم
تشهد عليه واشهدا على اي لا يشهد على شهادة
شاهد من سمع الشهادة ما لم يشهد هو اي
الشاهد لا يحمل عليه اي على الشهادة فيجيء قال
شاهد شخصا اشهد مني ان فلانا اقر عندي بكذا
فسمع آخر هذا القول لا يجوز للسامع ان يشهد لانه
كلام من الشهادة والاشهاد غير ثابت الحكم بنفسه بل
بالنقل الى مجلس القضاء وذا يستلزم التحميل والانابة
والانابة وهو لم يوجد لانه ملحق بالاشهاد والا
حمل غيره وقيل ان سمع عند القاضي ان الشاهد يشهد
بشهادة حل للسامع ان يشهد ولا يعمل شاهد ولا قاض
ولا راو بخطه ما لم يتذكر اي لا يحل للشاهد اذا راى

خطه ان يشهد الا ان يتذكر ولا للقاضي اذا وجد في ديوانه
مكتوبا بشهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك
او قضية قضاها ان يحكم بتلك الشهادة ولا ان يمضي
تلك القضية ولا للراوي اذا وجد مكتوبا بخطه او بخط غيره
وهو معروف قراءة على فلان ونحوه ان يروي حتى يتذكر
الشهادة او القضية او الرواية لا يحل الا عن علم هنا لان
الخط يشبه الخط وعندهما يجوز كل من الشهادة والقضاء
والرواية ان كان الخط محفوظا في يده وان لم يتذكر
الحادثة لوقوع الامن من الزيادة والنقصان فيكون
الخلاف حينئذ اذا كان محفوظا في يده وعنده لا يجوز
سوا كان الخط محفوظا في يده او لا وعند محمد يجوز مطلقا
لان الظاهر انه حفظ والعمل بالظاهر واجب لكن في
البحر وغيره جوز محمد في الكل وجوزه ابو يوسف
للراوي والقاضي دون الشاهد قال شمس الائمة
الحلواني ينبغي ان يفتى بقول محمد وجزم في البزازية بانه
يفتى بقول محمد وفي السراج وما قاله ابو يوسف هو
المعول عليه وفي المنح وقولهما هو الصحيح فعلى هذا
ينبغي للمصنف التفصيل ولا يشهد احد بما لم يعاينه
بالاجماع الا في تسعة مواضع النسب بان فلانا ابن فلان
او اخوه والموت بان فلانا قد مات والنكاح بان فلانا تزوج
فلانة والدخول بان فلانا تزوج فلانة ودخل بها
وولاية القاضي بان فلانا قد تولى القضا من جهة فلان
الامام واصل الوقف بان فلانا وقف هذه الضيعة
مثلا هذا اذا لم يستند الى الملك كما قررنا في اخر الوقف
والقياس ان لا يجوز الشهادة بالتسامع في المسائل
المذكورة

قيل هذا عند الامام لان ... الشهادة والقضا والرواية والله اعلم

المذكورة ايضا ووجه الاستحسان ان هذه الامور تختص
بمعاينتها اسبابها خواص من الناس وتتعلق بها
الاحكام فلو لم تقبل الشهادة فيها بالتسامع لتعطلت
احكامها بخلاف البيع ونحوه قوله اصل الوقف احترازا
عن شرائطه لان في البزازية وفي الوقف انها لا تقبل
بالتسامع على اصله لا على شرائطه وهو الصحيح وكذا ما يتعلق
بصحة الوقف وتتوقف عليه فهو من اصله وما لا تتوقف
عليه الصحة فهو من الشرائط وفي الفصول العمادية
المختار انه لا تقبل الشهادة بالشهرة على شرائط الوقف
وفي المجتبى المختار ان تقبل كما بيناه في اخر الوقف
وظاهر التقييد بما ذكر من الاشيا الستة يدل على عدم
قبولها به في غيرها من الولاء والعتق واختلف في نقل
الاختلاف في العتق فنقل السرخسي عدم قبولها فيه
اجماعا ونقل الحلواني انه على الاختلاف المنقول في الولا
فعن ابي يوسف الجواز فيهما ومن ذلك المهر وظاهر التقييد
انه لا تقبل فيهما به ولكن في البزازية والظهيرية والخزانة
ان فيه روايتين والاصح الجواز وتمامه في البحر فليطالع
اذا اخبره بها اي فله ان يشهد بهذه الاشيا اذا اخبره من
يثق من عدلين او عدل وعدلتين لانه اقل نصاب يفيد
نوع العلم الذي مبنى الحكم في المعاملات قوله اذا اخبره
يدل على ان لفظة الشهادة ليست بشرط في الكل واما الذي
يشهد عند القاضي فلا بد من لفظها وشرط في العناية
لفظ الشهادة على ما قالوا لا الاكتفا باخبار رجلين
او رجل وامراتين قولهما اما على قول الامام فلا يجوز
الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق

الخبر وفي الموت يكفي عدل ولو كانت انثى هو المختار كما في الفتح
وغيره لان الناس يكرهون تلك الحالة فلا يحضرها غالبا الا
والعدل او واحدة عدلة وفي التبيين انه لابد من خبر
عدلين في الكل الا في الموت وصحح في الظهيرية ان الموت كغيره
وانما تشترط العدالة في المخبر في غير المتواتر فلا تشترط
العدالة ولا لفظ الشهادة كما في الخلاصة وفي البحر وغيره
وفي الموت مسئلة عجيبة هي اذا لم يعاين الموت الا واحد فلو
شهد عند القاضي لا يقضي بشهادة وحده ماذا يصنع قالوا
يخبر بذلك عدلا مثله فاذا سمع منه حل له ان يشهد على
موته فيشهد هو مع ذلك الشاهد فيقضي بشهادتهما ويشهد
من رأى جالسا مجلس القضاء حال كون الجالس يدخل عليه
الخصوم انه قاض اي يحل ان يشهد الرائي على ان ذلك الجالس
قاض وان لم يعاين تقليد الامام اياه لان ذلك علامة
ظاهرة له ويشهد من رأى رجلا وامرأة يسكنان في بيت
وبينهما انبساط الازواج انها زوجته اي يحل له ان يشهد
بذلك وان لم يعاين عقد النكاح وظاهره الاكتفاء بالروية
لكن ذكر غيره انه لابد من الاخبار بانها زوجته فظاهره
الاكتفاء بالروية لكن ذكر غيره كما في التبيين ويشهد من
رأى شيئا سوى الادمي في يد متصرف عرف بوجهه واسمه
ونسبه فيه تصرف الملاك انه اي ذلك الشيء له اي للمتصرف
ان وقع في قلبه ذلك اي كونه له وان لم يعاين اسباب الملك (اي قلب الرائي)
لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة
في الاسباب كلها فيكتفى بها وفي البحر قوله ان وقع في قلبه
ذلك رواية عن ابي يوسف قالوا ويحتمل ان يكون هذا
تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية وفي الفتح قال الصدر

الشهيد

الشهيد وبه نأخذ فهو قولهم جميعا انتهى ثم قيده بوقوعه
في القلب فلو رأى درة في يد كناس او كتابا في يد جاهل
لا يشهد بالملك له بمجرد يده كما في البزازية والا ادمي لو
رأى شيئا وهو ادمي ان علم رقه او كان صغيرا لا يعبر عن
نفسه اي لا يكون مميزا فكذلك يعني يحل للرائي في يد متصرف
فيه تصرف الملاك ان يشهد بالملك لذي اليد لان الرقيق
لا يكون في يد نفسه وكذلك الصغير الذي لا يعبر عن نفسه
لا يد له فيثبت يد المولى عليه حقيقة فصار كالمتاع وان
كان صغيرا او كبيرا يعبر عن نفسه ولم يعلم رقه لا يحل للرائي
ان يشهد بالملك لذي اليد لان لهما يدا على نفسهما تدفع
يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن الامام انه يحل له
ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب وانما يشهد بالملك
لذي اليد بشرط انه لا يخبره عدل انه لغيره فلو اخبره
لم تجز له الشهادة بالملك كما في الخلاصة وفي البحر ان القاضي
اذا رأى عينا في يد رجل فانه يجوز له القضاء بالملك كما في
البزازية وغيرها وبه ظهر ان قول الزيلعي في تعريف
الشاهد اذا فسر للقاضي انه عن سماع او عن معاينة اليد لم
يقبله لان القاضي لا يجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر
عنده ولا برؤية نفسه في يد انسان سهو انتهى وفيه
كلام لان الزيلعي قال انما لا يقضي به قضاء محكما مبرما
بحيث لو ادعى الخصم لا يقبل منه بدليل انه صرح قبل هذا
بانه يقضي به قضاء ترك بمعنى انه يترك في يد ذي اليد
ما دام خصمه لا حجة له كما ذكره المقدسي تدبر ولو فسر
الشاهد للقاضي انه بالتسامع في موضع يجوز فيه ان يشهد
بالتسامع بان يقول انا اشهد على هذا بالاستماع او بمعاينة

اليه بان يقول اشهد به لاني رايته في يده لا يقبلها اي لا يقبل
القاضي شهادته الا في الوقف والموت فتقبل لو فسر للقاضي
انه اخبره من يثق به على الاصح قال يعقوب باشا وذكر في بعض
الشروح ان الشهادة في الوقف وان فسرها تقبل وفي النسب
والنكاح ايضا وان فسرها في الاصح وفي الموت ان كان مشهورا
وان فسرها بانه سمعه وان لم يعاين تقبل انتهى لكن اذا
اسند الى من يوثق به كما في البحر وفي الزاهدي شهد فيما يصح
بالشهرة وقال لم نعاين ولكن اشتهر عندنا تقبل ومن شهد
انه حضر دفن زيد او صلى عليه قبلت شهادته بالاتفاق
وهو اي حضور دفن زيد او صلاته عليه عيان للموت
حكما حتى لو فسر للقاضي قبل لانه لم يشهد الا بما علم فوجب
قبولها باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل
لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في
بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع قدم ذلك على هذا
لانه محل الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على
المشروط كما في العناية لكن المشروط هو الشهادة لا من تسمع
منه الشهادة تامل وفي البحر يقال قبلت القول حملته على
الصدق كذا في المصباح والمراد من يجب قبول شهادته على
القاضي ومن لا يجب لا من يصح قبولها ومن لا يصح لان من
جملة ما ذكره من لا يقبل الفاسق وهو لو قضى بشهادته صح
بخلاف العبد والصبي والزوجة والولد والاصل لكن في
خزانة المفتين اذا قضى بشهادة الاعمى او المحدود في
القذف اذا تاب او بشهادة احد الزوجين مع اخر لصاحبه
او بشهادة الوالد لولده او عكسه تنفذ حتى لا يجوز للثاني
ابطاله وان راى ابطاله انتهى فالمراد من عدم القبول عدم

على

عل انتهى لا تقبل شهادة الاعمى عند الطرفين سواء كانت فيما تسمع
او لا لان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له
والمشهود عليه ولا يميز الاعمى بينهما الا بالنغمة وهي غير معتبرة
لشبهها بنغمة اخرى وقال زفر وهي رواية عن الامام تقبل
فيما يجري فيه التسامع لانه في السماع كالبصير وفي البحر
واختاره في الخلاصة وعزاه في النصاب جاز ما من غير
حكاية خلاف انتهى لكن لم يذكر في الخلاصة انه مختاره وانما
قال الا في النصاب شهادة الاعمى لا يجوز الا في النسب والموت
وما يجوز الشهادة فيه بالشهرة والتسامع فكان ينبغي
ان يقول وجزم به في النصاب من غير ذكر خلاف كما ذكره
القدسي في الدين والعقار خلافا لابي يوسف والشافعي
فيما اذا تحملها بصيرا وانما قيدنا بالدين والعقار لان
المنقول لا تقبل شهادته اتفاقا لانه يحتاج الى الاشارة
والدين يعرف ببيان الجنس والوصف والعقار بالتحديد
وكذا في الحدود لا تقبل اتفاقا قيد بقوله ان تحملها بصيرا
لانه ان تحملها اعمى لا تقبل كما في شرح المجمع وغيره لكن
المراد اتفاق غير مالك والا فعنده مقبولة كما في القهستاني
فقول رواية تدبر وفي الهداية ولو عمي بعد الاداء يمتنع
القضا عند الطرفين لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت
القضا لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن
او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت
انتهت وبالغيبة ما بطلت وعند ابي يوسف لا يمتنع
القضا لانه لا اثر في نقض فقد القاضي بالعمى لعدم رضي
للشاهد بعد اداء شهادته فيكون الاداء عنده حجة ولا تقبل
شهادة المملوك سواء كان قنا او مدبرا او مكاتبا او ام ولد

او معتق البعض وللصبي لان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية
لهما الا ان تحملا اي الشهادة حال الرق والصغر واديا بعد
العتق والبلوغ لانهما اهل للتحمل لان التحمل بالشهادة ~
والسماع ويبقي الي وقت الادا بالضبط وهما لا ينافيان ذلك
وهما اهل عند الادا واشار الي ان الكافر اذا تحملها علي
مسلم ثم اسلم فاداها تقبل وكذا الزوج اذا تحملها لامراته
ثم ابانها ثم شهد لها وفي الخلاصة متي ردت الشهادة لعلة
ثم زالت فشهد في تلك الحادثة لا تقبل الا في اربعة العبد
والكافر علي المسلم والاعمي والصبي وفي النصاب اذا شهد
المولي لعبد مورث ثم شهد بعد العتق لا تقبل والمراد من
الصغر ان يكون صاحب تمييز لان مطلق الصغر ليس باهل
لتحمل الشهادة مقتضي هذا لو قال والتمييز مكان الصغر كما في
التنوير لكان اولي وفيما قاله يعقوب باشا من انه لا يجوز
للقاضي ان يقبل شهادة المملوك ويحكم به وان حكم لا يصح لانه
غير مجتهد فيه كلام لان صاحب الكافي قال ونرد شهادة
المملوك والصبي خلافا لمالك فيهما فيكون مجتهدا فيهما فتبصر ~
ولا تقبل شهادة المحدود في قذف اي لقذف وان وصلية
تاب عندنا لقوله تعالي ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا وقوله تعالي
الا الذين تابوا استثنا منفصل لان قوله تعالي اولئك هم
الفاسقون كلام مبتدأ ليس من جنس الاول اذ هو اخبار
وما قبله امر ونهي فلا يمكن اثبات الشركة بينهما في المعني
فاذا صار منقطعا عن الاول لا ينصرف الاستثنا المذكور
الي ما قبله وفي البحر والاوجه انه متصل وتمامه في الفتح
فليراجع ولان رد الشهادة من تمام حده وفيه اشارة
الي ان الشهادة قبل الحد تقبل وفي المبسوط لا تسقط ~
شهادة

شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد وعن الامام بسقوطها بضرب
الاكثر وعنه ايضا بسقوطها بضرب واحد وعند الائمة الثلاثة
تقبل اذا تاب لقوله تعالي الا الذين تابوا اذ الاستثنا يعقب
كلمات معطوفات ينصرف الي جميع ما تقدم ولان الموجب لرد
الشهادة فسقه وقد ارتفع بالتوبة ولنا ان رد
الشهادة لاجل انه حد لا للفسق ولهذا لو اقام اربعة بعد
ما حد علي انه زني تقبل شهادته بعد التوبة وفي الصحيح لانه
لو قامت قبله لم يحد فكذا لا ترد شهادته كما في التبيين
فعلي هذا لو قيد بقوله ان لم يقم بينة علي صدق مقالته
لكان اولي بعد بر الا ان حد كافر ثم اسلم فتقبل علي الكافر
وعلي اهل الاسلام ضرورة لان هذه الشهادة شهادة
اخري حدثت بعد الاسلام ولم يلحقها رد بسبب الحد
بخلاف العبد اذا حد ثم عتق حيث لا تقبل شهادته لانه
لا شهادة للعبد اصلا في حال رقه فيتوقف الرد علي حدوث
فاذا احدث كان رد شهادته بعد العتق من تمام حده ولا
تقبل الشهادة لاصله وان وصلية علا سواء كان الحد صحيحا
او فاسدا او فرعه وان سفل لقوله عليه السلام لا تقبل
شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولان المنافع ~
بينهما علي وجه الاتصال فلا يخلوا من تهمة ولهذا
تقبل علي اصله وفرعه الا اذا شهد الجد علي ابنه لابن
ابنه فانها لا تقبل اطلق الفرع فشمل الولد من وجه فلا
تقبل شهادة ولد الملاعنة لاصوله او هو له او لفروعه
لثبوته من وجه وتقبل شهادة الولد من الرضاع له ويجوز
شهادة الرجل لام زوجته وابيها ولزوج ابنته ولامرأة
ابنه وعبده واخي ولا تقبل شهادة المولي لعبده سواء كان

للعبد دينين او لم يكن لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة المولى
لعبده ولانه شهادة من نفسه من وجه وكذا المكاتب لكونه
عبدا رقبة ولا تقبل من احد الزوجين للآخر لقوله
عليه السلام لا تقبل شهادة المرأة لزوجها ولا الزوج
لامرأته وقال الشافعي تجوز بلا فرق وفي الخانية ان
شهد الرجل لامرأته بحق ثم تزوجها بطلت شهادته ولو
شهد لامرأته وهو عبد فلم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها
بائنا وانقضت عدتها روي بن شجاع ان القاضي ينفذ
شهادته وبه علم ان الزوجية انما تمنع مع وقت القضا
لا وقت الاداء ولا وقت التحمل كما في البحر وفي كلام الخانية
اشارة الى ان القاضي لا ينفذ شهادته في العدة لما في
القنية طلقها ثلاثا وهي في العدة لا تجوز شهادته لها
ولا شهادتها له انتهى ومعنى هذا لو تنبه بقوله ولو في
عدة من ثلاث لكان اولى تدبر ولا تقبل شهادة الشريك
لشريكه فيما هو من شركتهما لانه مدع لنفسه ولو شهد
بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة ولا تقبل شهادة
المخنث الذي يفعل الردي لارتكابه المعصية والمراد
بالمخنث هو الذي يتشبه النسا باختياره في الاقوال
والافعال واما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر
خلقة فهو مقبول الشهادة وفي البحر المخنث بكسر النون
وفتحها فان كان للاول فهو بمعنى المتكسر في اعضائه
المتلين في كلامه تشبيها بالنساء وان كان الثاني فهو
الذي يعمل به لواطة ولا شهادة النائحة في مصيبة
غيرها ولو بلا اجر وللمغنية لارتكابهما الحرام فانه عليه
السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية
قيدنا

قيدنا بمصيبة غيرها لانها لو ناحت في مصيبتها تقبل وكذا
المراد بالمغني بين الناس فمجرد التغني لا يسقط
العدالة كما في القهستاني ولا تقبل شهادة العدو بسبب
الدنيا على عدوه لان العداوة لاجل الدنيا حرام فيظهر
بالشهادة عليه عداوته اما اذا شهد لمتبعه قبلت
لعدم ظهور فسقه من عداوته فيحمل على تركها وفي
القنية ان العداوة بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق
بسببها او يجلب بها منفعة او يدفع بها عن نفسه مضرة
وما في الواقعات وغيرها اختيار المتأخرين واما
الرواية المنصوصة فبخلافه فانه اذا كان عدلا
تقبل شهادته وهو الصحيح وعليه الاعتماد وتمامه
في البحر فليطالع ومدمن الشرب على اللهو سوا شرب
الخمر او المسكر من المحرمات اذ بالادمان والاعلان يظهر
فسقه هذا اذا شرب على اللهو اما اذا شرب للتداوي
فلا تسقط العدالة لكون الحرمة مختلفا فيها وفي اكثر
المعتبرات قالوا انما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا
منه عند الناس لان من اتهم بشرب الخمر في بيته
لا تبطل عدالته وان كانت كبيرة وانما تبطل اذا ظهر
ذلك او خرج سكران فيسخر منه الصبيان لان مثله لا
يحترز عن الكذب فينبغي ان يكون المراد من الادمان
الادمان في النية بان يشرب ومن نيته ان يشرب
بعد ذلك اذا وجد كما في النهاية لانه لا يظهر الشرب
منه كما لا يخفى وقيل المراد من مدمن شرب على اللهو
غير شارب الخمر لان شاربها مردود الشهادة ولو
قطرة فلا حاجة الى ابطال شهادته الى الادمان ولا الى

شرعًا علي اللهو وقال المتدر الشهيد ان الخفاف يسقط
العدالة بشرب الخمر من غير ادمان و بعضهم شرط الادمان
استقوطها وهو الصحيح وتمام التحقيق في البحر فليطالع
ومن يلعب بالطيور لشدة غفلته واصراره علي نوع لهو
ولانه غالبا ينظر الي العورات في السطوح وغيرها
وهو فسق واما اذا امسك الحمام للاستيناس ولا يطيرها
فلا تزول عدالته لان امساكها في البيوت مباح ~
او يلعب بالطنبور لكونه من اللهو والمراد من الطنبور كل
لهو يكون شنيعًا بين الناس احترازا عما لم يكن شنيعًا
كضرب القضيب فانه لا يمنع قبولها الا ان يتفاحش بان
يرقصون به فيدخل في حد الكبائر او يغني للناس
لانه يجمع الناس لكبيرة كما في الهداية وظاهره ان
الغنا كبيرة وان لم يكن للناس بل لاسماع نفسه للوحشة
وهو قول شيخ الاسلام فانه قال بعموم المنع والامام
السرخسي انما منع ما كان علي سبيل اللهو ومنهم من
جوزه لاسماع نفسه لا دفعا للوحشة وهو الصحيح كما في
الكتب المعتبرات ومنهم من جوزه في عرس او وليمة ومنهم
من جوزه ليستفيد به نظم القوافي وفصاحة اللسان
ومنهم من كرهه مطلقا ومنهم من اباحه مطلقا او يلعب
بالنرد من غير شرط المقامرة او تفويت الصلاة او يقامر
بالشطرنج او تفوته الصلاة بسببه او يسب بالشطرنج
لظهور الفسق بترك الصلاة وكذا بالقامرة اما بدونها
لا يمنع العدالة لان للاجتهاد فيه مساغا لقول مالك
والشافعي باباحته وهو مروي عن ابي يوسف واختارها
ابن الشحنة اذا كان لاحضار الذهن واختار ابو زيد
حلهوفي

لاسماع م

حله وفي النوازل سئل ابو القاسم عن من ينظر الي لاعب من
غير لعب ايجوز فقال لن يصير فاسقا وقد سوي بين النرد
والشطرنج في الكثر فقال او يقامر بالنرد والشطرنج وليس
كذلك والحاصل ان العدالة انما تسقط اذا وجد احد من
خمسة القمار وفوت الصلاة بسببه واكثار الحلف عليه
واللعب به علي الطريق او يذكر عليه فسقا والا فلا بخلاف
النرد فانه مسقط مطلقا كما في البحر انما لم يذكر الثلاثة
الاخيرة لانها معلومة فلا تنسا هل في تركها او يرتكب
ما يوجب الحد اي باتيان عاصن الكبائر الموجبة للحد لوجود
نقا طيه خللا في اعتقاده وهذا دليل قلة ديانته فلعله
يجتري علي الشهادة زورا كما في الكافي وفي الدرر هذا مخالف
لما نقلنا عنه في شرب الخمر سرًا لكن التوفيق بينهما ان المراد
بارتكاب ما يحد به ليس ارتكابه ما من شانه انه يحد به
بل ارتكابه ما يحد به بالفعل ولا يكون ذلك الا بالظهور والاطلاع
الشهود عليه وفي البحر الاعانة علي المعاصي والحث عليها كبيرة
ولا تقبل شهادة بايع الاكفان وقيد السرخسي بما اذا ترصد
لذلك العمل والا فتقبل لعدم تمنيه الموت والطاعون ولا
تقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون بخلاف الواقع ~
والصحيح قبولها اذا غلب عليهم الصلاح ولا تقبل شهادة
الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه وللسخرة بلا خلاف
ولا تقبل شهادة من يشتم اهله ومماليكه كثيرا لا احيانا
وكذا الشتام للحيوانات ولا يقبل شهادة البخيل والذي اخر
الفرض بعد وجوبه ان كان له وقت معين كالصلاة ~
والصوم ولا تجوز شهادة تارك الجماعة الا بتاويل ولا
تارك الصلاة وكذا تارك الجمعة بغير عذر ولا تقبل

شهادة اهل السجن بعضهم على بعض ذكره ابن وهبان لا تقبل
شهادة الاشراف من اهل العراق لانهم قوم يتعصبون وفي
البحر فعلى هذا كل متعصب لا تقبل شهادته انتهى فينبغي
ان لا تقبل في زماننا شهادة العلماء بعضهم على بعض لانهم
متعصبون او ياكل الربا لانه من الكبائر اي ياخذ القدر
الزائد والمراد بالاكل الاخذ وشرط في المبسوط ان يكون
مشهورا باكل الربا لان التجار قلما يتخلصون عن الاسباب
المفسدة للعقد وكل ذلك ربا فلا بد من الاشتهار كما في الدرر
او يدخل الحمام بلا ازار لان كشف العورة حرام ومع ذلك
يدل على عدم المبالاة او يفعل ما يستخف به كالبول
والاكل على الطريق لانه تارك المروة وكذا كل من يأكل غير
السوقي في السوق بين الناس والمراد بالبول على الطريق
بحيث يراه الناس وكذا غيرها في المباحات القادحة
في المروة كصحبة الارذال والاستخفاف بالناس و افراط
المزح والحرف الدنية من نحو الدباغة والحياكة والحجامة
بلا ضرورة كما في القهستاني لكن في البحر الصحيح القبول
اذا كانوا عدولا ومثله النخاسون والدلالون او يظهر
سب واحد من السلف وهم الصحابة والعلماء المجتهدون
رضوان الله عليهم اجمعين لان هذه الافعال تدل على
قصور عقله ومروته ومن لم يمتنع عنها لا يمتنع عن
الكذب كما في الدرر وزاد في الفتح العلماء ولو قال
او يظهر سب مسلم لكان اولى لان العدالة تسقط بسب
مسلم وان لم يكن من السلف كما في العناية وغيرها
قيد بالاظهار لانه لو كتمه تقبل كما في العناية وتقبل
الشهادة لاخيه وعمه ولسائر الاقارب غير الولاد
ومحرمه

ومحرمه رضاعا او مصاهرة كام امرأته وزوج بنته وامرأة ابيه
وابنه لان الاملاك ومنافعها متميزة بينهم ولا بسوطة
لبعضهم في مال البعض فلا يتحقق التهمة وتقبل شهادة
اهل الاهواء مطلقا سواء كان على اهل السنة او لبعضهم
على بعض او على الكفرة اذا لم يكن اعتقادهم مؤديا الى
الكفر كما في الذخيرة وهم اهل القبلة الذين معتقدهم
غير معتقد اهل السنة في بعض الامور كالجبرية
والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة
وكل منهم اثنى عشر فرقة على ما هو مذكور في الكتب
الكلامية وقال الشافعي لا تقبل شهادتهم لاشتداد
فسقهم كان من حيث الاعتقاد ولم يوقعهم في هذا
ولنا ان فسقهم
الهوى الا تدينهم فصار كمن يشرب المثلث وياكل متروك
التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث
التعاطي الا الخطابية هم قوم من غلاة الروافض يعتقدون
الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم
واجبة فتتمكن التهمة في شهادتهم فلا تقبل وتقبل شهادة
الذمي على مثله اي على ذمي اخر وان اختلفا ملة كاليهود
والنصارى اذ الكفر ملة واحدة وقال ابن ابي ليلى لا تقبل
اذا خالفه اعتقادا وفي الغرر وتقبل من كافر على عبد كافر
مولاه مسلم او على حر كافر موكله مسلم بلا عكس وتقبل شهادة
الذمي على المستأمن لان الذمي اعلى حالا منه لكونه من اهل
دارنا ولهذا يقتل المسلم بالذمي لا بالمستأمن دون عكسه
اي لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لقصور ولايته
عليه لكونه ادنى حالا منه وتقبل شهادة المستأمن على
مثله اذا كان من دار واحدة حتى لو كان من اهل دارين

كالروم والترك لا تقبل لان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف
المنعتين ولهذا لا يجري التوارث بينهم وقال الشافعي
ومالك لا تقبل شهادة اهل ملة على اهل ملة اخرى وتقبل
شهادة عدو بسبب الدين اي بامر ديني لانه لا يكذب لدينه
كاهل الاهوا هذا تصريح بما علم ضمنا لانه يفهم من قوله
ولا تقبل شهادة العدو بسبب الدنيا وتقبل شهادة من
الم بصغيرة اي ارتكب صغيرة بلا اصرار عليها ان اجتنب
الكباير اي كل فرد من افراد الكباير كما في اكثر الكتب لكن
في القهستاني نقلا عن الخلاصة المختار اجتناب
الاصرار على الكباير ولو ارتكب كبيرة مرات قبل شهادته
واختلفوا في الكبيرة والاصح انه ما كان شنيعا بين
المسلمين وفيه هتك حرمة الله والدين وغلب صوابه على
خطاياه اي كثرت حسناته بالنسبة الى سيئاته مع اجتناب
الكباير وفي الاختيار ولا بد ان يكون صلاحه اكثر من
فساده معتادا للصدق مجتنبا عن الكذب بصحيح المعاملة
في الدينار والدرهم مؤديا للامانة قليل اللهو والهذيان
وقال عمر رضي الله عنه لا يغرنكم طنطنة الرجل في صلاته
انظروا الى حاله عند درهمه وديناره اما الالمام بمعصية
لا يمنع قبول الشهادة لما في اعتبار ذلك من سد باب
الشهادة انتهى وتقبل شهادة الاقلف لاطلاق
النصوص عند عدم الختان لكونه سنة عندنا اطلقه
تبعا لما في الكنز لكن قيده قاضيخان وغيره بان تركه
لعذر كالكبر وخوف الهلاك اما اذا تركه على وجه الاعراض
عن السنة او الاستخفاف بالدين فلا تقبل فالامام
لم يقدر بوقت وغيره من وقت الولادة من سبع الى

عشر سنين وقيل الى اثنتا عشر وتقبل شهادة الخصي فان
عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع
منه عضو ظلما كما لو قطعت يده ظلما وكذا الاقطع اذا
كان عدلا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع يد
رجل في سرقة ثم كان بعد ذلك يشهد فتقبل شهادته
كما في المنح وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق
الولد كلا فالامر والخنثى ان لم يكن مشكلا وان كان
مشكلا يجعل امرأة في حق الشهادة احتياطا وينبغي
ان لا تقبل في الحدود والقصاص كالنساء والعمال والمراد
بهم عمال السلطان الذين يأخذون الحقوق الواجبة
كالخراج ونحوه عند الجمهور لان نفس العمل ليس بفسق
فتقبل الا اذا كانوا اعوانا على الظلم فلا تقبل كما في
البحر وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروة
لا يجازف في كلامه تقبل والحاصل انهم كانوا عدولا
تقبل والا فلا وقيل المراد بالعمال الذين يعملون
ويؤجرون انفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة
اهل الصناعات الخسيسة فاظهر هذه المسالة لاظهار
مخالفتهم وفي البحر وذكر الصدر الشهيد ان شهادة
الرئيس لا تقبل وكذا الجابي والمراد بالرئيس رئيس
القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد ومثله المعرفون
في المراكب والعرفاء في جميع الاصناف وضمان الجهات
في بلادنا لانهم كلهم اعوان على الظلم كما في فتح القدير
وتقبل شهادة المعتق بفتح التاء لمعتقه لانه لا تهمة
وقد قبل شريح شهادة قنبر وهو غير جد سيبويه لعلي
رضي الله عنه وكان عتيقه ومنه اشعار بان العتيق

لو كان منهما لم تقبل وكذا في الخلاصة ولو شهد العبد ان بعد
العتق على الثمن كذا عند اختلاف البائع والمشتري لا تقبل
لانهما يجريان لانفسهما نفعا باثبات العتق لانه لولا شهادتهما
لتحالفا وفسخ البيع المقتضي لابطال العتق وفي المنح والاعيار من
ما في الخلاصة لو اشترى غلامين واعتقهما فشهد المولد
لولاهما على انه قد استوفى الثمن جازت شهادتهما لانهما لا
يجريان لهما نفعا فلا يد فعان مغرما وشهادتهما بان البائع
ابراء المشتري من الثمن كشهادتهما بالايفا كما في الخلاصة
والمعتبر حال الشاهد وقت الادا لا وقت التحمل كما بيناه
ولو شهد ابنا الميت ان اباهما اوصى الى زيد اي جعله
وصيا وزيد يدعيه اي الايصا قال المولى سعدي والمراد
من قوله والوصي يدعي اي الوصي يرضي انتهى لكن الدعوى
تستلزم الرضى بطريق ذكر الملزوم وارادة اللازم تدبر
قبلت شهادتهما وان انكر ذلك الوصي فلا اي لا تقبل
شهادتهما لان القاضي لا يملك اجبار احد على قبول الوصية
ولو شهدا ان اباهما الغايب وكله اي زيدا بقبض دينه
او وكله بالخصومة لا تقبل فان وصلية ادعاه لان القاضي
لا يملك نصب الوكيل عن الغايب بتبعيته فشهادتهما
تصير لنفعهما اذ يمكن ان يتوافقا مع الوكيل على اخذ
المال فلا تقبل للتهمة بخلاف مسالة الوصية لان
القاضي يملك نصب الوصي عند الطلب والحاجة فشهادتهما
اولى وهذا استحسان والقياس يمنع الجواز لانهما
قصدا من يقوم باحيا حقوقهما فلا تقبل للتهمة والظاهر
ان الضمير في قوله وان ادعاه يرجع الى الوكالة اي وان
ادعى الوكيل الوكالة فعلى هذا الوكالة لو لم ادعاها
بالثانية

١٦٤

164

بالثانية لكان اظهر ولو شهد دائنا ميت اي لو شهد غريمان
لهما على الميت دين انه اي للميت اوصى الى زيد اي جعله
وصيا فهو اي زيد يدعيه اي الايصا قبلت شهادتهما كما
اذا شهد ايدين على الميت رجلين ثم شهد الشهود لهما
للشاهدين بدين على الميت تقبل شهادتهما عند الطرفين
لان كل فريق يشهد بالدين في الذمة ولا شركة له في ذلك
وانما تثبت الشركة في المقبوض بعد القبض وقال ابو يوسف
لا تقبل لان احد الفريقين اذا قبض شيا من التركة
بدينه ليشركه الفريق الاخر فصار كل شاهد لنفسه كما في
المنح وكذا لو شهد مديونا ميت ان للميت اوصى الى زيد وهو
يدعيه قبلت شهادتهما استحسانا والقياس يمنع الجواز
في الصورتين لان الدائنين قصدا من يوديهما حقهما
والمديونين قصدا البراة بالدفع اليه فلا تقبل للتهمة
او شهد من اوصى لهما بان الميت قد اوصى الى زيد وهو
يدعيه او شهد موصيا له بان الميت قد اوصى الى زيد وهو
يدعيه قبلت استحسانا والقياس يمنع الجواز في
الصورتين لانهما ارادا نصب من يوصل حقهما في
الا ولي ونصب من يعينهما على التصرف في مال الميت في
الثانية فالنفع يرجع اليهما فلا تقبل لاتحاد بان الميت
اذا كان له وصيان فالقاضي لا يحتاج الى نصب الثالث
لكن لاقرارهما بالعجز عن القيام بامور الميت بخلاف
ما اذا كان الوصي جاحدا في جميع هذه الصور لان
القاضي لا يملك اجبار احد على قبول الوصاية كما مر انفا
ولا بد من كون الميت معروفا في الكل اي ظاهرا لا في
مسالة الغريمين للميت عليهما دين لا انها تقبل وان لم يكن

كما لو شهد الوكيل
بعد عزله للموكل
ان خاصم لاتقبل
والا تقبل م

الموت معروفا وفي البحر ولو شهد الوصي بعد العزل للميت ان
خاصم لاتقبل والا تقبل كما قال نقلا عن البزازية واما
شهادة الوصي بحق للميت علي غيره بعد ما اخرجه القاضي
عن الوصاية قبل الخصومة او بعدها لاتقبل وكذا لو
شهد الوصي بحق للميت بعد ما ادركت الورثة لاتقبل
ولو شهد الوصي لبعض الورثة علي الميت اذا كان
المشهود له صغيرا لايجوز اتفاقا وان بالغا فكذلك عنده
وعندهما يجوز ولو شهد الكبير علي اجنبي تقبل في ظاهر
الرواية ولو شهد للوارث الكبير والصغير في غير ميراث
لم تقبل ولو شهد الوصيان علي اقرار الميت بشي معين
لوارث بالغ تقبل انتهي ولا تقبل الشهادة حال كونها
مشتملة علي جرح مجرد اي جارحة مجردة اي لم يترتب
عليه ما يترتب علي الجرح من دفع الخصومة علي المشهود
عليه ولذا ابطاله الجرح المفرد وهو اي الجرح المجرد
ما يفسق به شاهده المدعي لعدل فان الحكم لم يجز قبل
التعديل بل لاسيما اذا جرح وعند الشافعي يسمع ويحكم
به وكذا نقل عن الخصاف من غير ايجاب حق للشرع
كوجوب الحد او للعبد كوجوب المال فلو اوجبه تقبل
كوان يشهد وهو اي الشاهد فاسق او اكل ربا او انه
استاجرهم او شارب خمر في وقت او زان او في وقت
او علي اقرارهم انهم شهدوا بزور او ان المدعي مبطل
في هذه الدعوي او انهم لا شهادة لهم علي المدعي
عليه في هذه الحادثة وانما لم تقبل هذه الشهادات
بعد التعديل لان العدالة بعد ما ثبتت لا ترتفع
الا باثبات حق الشرع او العبد ولاشي في شي مما ذكر
اثبات

اثبات والعدل منهما بخلاف ما اذا وجدت قبل التعديل فانها
كافية في الدفع المجرد مقبولا قبل التعديل ولو من واحد
ولذا قيدنا بالعدل لانه غير مقبول بعده بل يحتاج الي
نصاب الشهادة واثبات حق الشرع او العبد كما في
الدرر وفي هذا لوكال ولاتقبل الشهادة بعد التعديل
كما في العزر لكان اولي وتقبل الشهادة علي اقرار المدعي
بفسقهم اي بفسق شهوده لانهم ما اظهروا الفاحشة
بل حكوا عنه والاقرار مما يدخل تحت الحكم فبهذه الشهادة
ليثبت علي جرح مجرد بخلاف الشهادة علي اقرار الشهود
مع انه لايدخل تحت الحكم لان فيه هتك الستر ويه
يثبت الفسق فلا تقبل وتقبل علي انهم اي الشهود
عبيد او احدهم عبد او انهم محدودون في قذف او انهم
شاربوا الخمر الان ولم يتقادم العهد ولو كان متقادما
لا تقبل كما مر وكذا تقبل علي انهم سرقوا مني كذا او زنوا
السنوة بلا تقادم ما لم يزل الريح في الخمر ولم يمض شهر في
الباقي او انهم قذفه لفلان وهو يدعيه فان الكل موجب
حقا للشرع وهو الرق في العبد والحد في الباقي او انهم
شركا المدعي شركة مفاوضة والمدعي مال او وجد التهمة
كما اذا شهد ولد المدعي او والده او انه اي المدعي استاجرهم
لها اي للشهادة بكذا او اعطاهم ذلك اي الاجر مما في عنده
اي من الشي الذي عنده فيكون ما موصولة وفي بعض
النسخ من ما لي عنده اي من مالي الذي كان عنده لان
المدعي عليه خصم في ذلك فيثبت الجرح بناء عليه او انهم
علي اني صالحتهم بكذا من المال ودفعته اي المال اليهم
اي الي الشهود علي ان لايشهدوا علي بهذا الباطل فشهدوا

فعليهم ان يردوا الى العلي لانهم اخصام في ذلك ومن شهد
ولم يبرح لم يزل عن مجلس القاضي حتى قال اوهمت بعض
شهادتي منصوب على نزع الخافض اي في بعض شهادتي
قبل ان كان عدلا والمراد بقبول قول شهادته لا قبول
قوله اوهمت لان في الهداية فان كان عدلا جازت
شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطات بنسيان ما كان
يحق على ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد
قد يبتلي بمثله لمهابة مجلس القاضي فان كان العذر واضحا
فيقبل اذا تداركه في اوان المجلس وهو عدل بخلاف
ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه
يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط
ولان المجلس اذا اتحد لحق باصل الشهادة فصار ككلام
واحد ولا كذلك اذا اختلف المجلس وعلى هذا اذا وقع
الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان
موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام اصلا
مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام
عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن الشيخين انه
يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر
ما ذكرناه انتهى وفي الدرر اذا تذكر لفظا بعدما شهد
في شهادته فذكره يقبل ان لم يكن فيه مناقضة واطلق
في الجامع الصغير والمحيط انه اذا لم يبرح عن مكانه
جاز ذكره اذا كان عدلا ولم يشترط عدم المناقضة وانه
شرط حسن ذكره الزاهدي باب
الاختلاف في الشهادة تاخير الاختلاف في الشهادة
عن اتفاقها لما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق
اصلا

اصلا والاختلاف انما يرد من الجهل والكذب فاخره وضعا
للتناسب كما في العناية شرط موافقة الشهادة الدعوى
لانها لو خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا يعتبر
وجودها والشرط توافقهما في المعنى دون اللفظ حتى
لو ادعى المدعي الغصب فشهد باقرار المدعى عليه بذلك
تقبل كما في اكثر الكتب وما في الوقاية من انه شرط من
موافقة الشهادة كالدعوى كاتفاق الشاهدين لفظا
ومعنى مخالف لما في اكثر الكتب تدبر ثم فرعه فقال فلو ادعى
دارا شراء او ارثا وشهدا اي الشاهدان بملك مطلق ردت
شهادتهما لانهما شهدا باكثر مما ادعاه المدعي لانه ادعى ملكا
حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان الملك في
المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق بزوائده وكذلك في
الملك الحادث ويرجع الباعة بعضهم الى بعض فيه فصارا
غيرين وفي عكسه اي ادعى ملكا مطلقا وشهدا بملك بسبب
معين كالشراء او الارث تقبل الشهادة لانهما شهدا باقل
مما ادعاه فلم تخالف شهادتهما الدعوى للمطابقة معنى وكذا
شرط اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى لان القضا لا يجوز
الا بحجة وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة
مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى وهذا عند
الامام وقالا الاتفاق في المعنى هو المعتبر لا غير والمراد
بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى
المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن حتى لو ادعى رجل
مائة درهم فشهد شاهد بدرهم واخر بدرهمين واخر
بثلاثة واخر باربعة واخر بخمسة لم تقبل عنده لعدم
الموافقة لفظا وعندهما يقضي باربعة لاتفاق

الشاهدين الاخرين فيها معنى ثم فرعه فقال فلا تقبل
الشهادة لو شهد احدهما بالف او ماية او طلقة وشهد
الاخر بالفين او مايتين او طلقتين او ثلاث عنه
الامام لعدم الاتفاق لفظا ولان الدلالة على
الاقل بالتضمن غير معتبر الا يرى انه لو شهد
احدهما بانه قال لامراته انت خلية وشهد الاخر
انه قال انت برية لا يثبت شي وان اتفق المعنى كما لو
ادعى غصبا او قتلا فشهد احدهما به والاخر بالاقرار
به حيث لا تقبل وكذا في قول محض مع فعل لا تقبل كما
لو ادعى عليه الفا فشهد احدهما انه دفع لهذا المدعي
عليه الفا وشهد الاخر على اقرار المدعي عليه بها لا يجمع
لان هذا قول وفعل وذكر انه لا يجمع بين القول
والفعل كما في المنح وعندهما والايمة الثلاثة تقبل على
الاقل اي على الالف او المائة او الطلقة عند دعوى
الاكثر لاتفاقهما على الاقل معنى من غير قدح فلو ادعى
الاقل لا يثبت شي عندهم لان المدعي مكذب لشاهد
الاكثر وفي النهاية ان كانت المخالفة بينهما في اللفظ
دون المعنى تقبل كما لو شهد احدهما على الهبة والاخر
على العطية لان اللفظ ليس بمقصود في الشهادة
بل المقصود ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت
الموافقة في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها وكذا اذا
شهد احدهما بالنكاح والاخر بالتزويج تقبل ذكره
في المحيط ولم يحك فيه خلافا وفي البحر تفصيل فليطالع
ولو شهد احدهما بالف والاخر بالف ومائة والمدعي
يدعي الاكثر اي الفا ومائة قبلت شهادتهما على الالف

اتفاقا

اتفاقا لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنا وقد انفرد احدهما
بالف ومائة بالعطف والمعطوف غير المعطوف عليه
فيثبت ما اتفقا عليه فيهما بدعوى الاكثر لانه لو ادعى
الاقل بان قال لم يكن الا الالف او سكت عن دعوى المائة
الزائدة لا تقبل لظهور تكذيبه الشاهد في الاكثر الا اذا
ادعى التوفيق بان قال كان اصل حقي الفا ومائة لكن
ابرات المائة عنه او استوفيت فتقبل للتوفيق وكذا
مائة ومائة وعشرة يعني لو شهد احدهما بمائة والاخر
بمائة وعشرة والمدعي يدعي الاكثر تقبل على مائة اتفاقا
وكذا طلقة وطلقة ونصف طلقة اي شهد احدهما
بطلقة والاخر بطلقة ونصف تقبل اتفاقا على طلقة
ان ادعى الاكثر بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل
لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما عطف وفي البحر شهد
احدهما على خمسة عشر والاخر على عشرة وخمسة
والمدعي يدعي خمسة عشر والاخر على عشرة وخمسة
والمدعي يدعي خمسة عشر ينبغي ان تقبل ولو شهدا
بالف او بقرض الف وقال احدهما اي احد الشاهدين
قضى منه اي من الالف كذا اي خمسماية قبلت شهادتهما
على الالف لاتفاقهما على وجوب الالف لا تقبل على
القضا لانه شهادة فرد ما لم يشهد به اي ان لم
يشهد معه اخر وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسماية
لان شاهد القضا مضمون شهادته ان لا دين الا
خمسماية وينبغي ان يخبر من علمه اي علم قضا بعضه
ان لا يشهد بالالف كله حتى يقر المدعي به اي بما
قبض كي لا يكون معينا على الظلم ولو شهدا بقتله

اي بقتل شخص زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران بقتله
اي بقتل ذلك الشخص اياه اي زيدا فيه اي في يوم النحر
بكوفة ردتا بالاجماع لان احدهما كاذبة بيقين ولا مجال
للترجيح لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر
وكذا لو اختلفا في الزمان او الالة التي قتل بها ردتا
ايضا قيد بكون المشهود به القتل لانهم لو شهد على اقرار
القاتل بذلك في وقتين او مكانين تقبل كما في البحر فان
قضى باحدهما اي باحد الشهادتين اولا بطلت الشهادة
الاخرى بالاجماع لان الاولى ترجحت على الاخرى باتصال
القضاء بها فلا تنتقض بالثانية ولو شهدا بسرقة
بقرة واختلفا اي الشاهدان في لونها اي في لون
البقرة اطلق اللون فشمل جميع الالوان وهو الصحيح
اي قال احدهما حمراء والاخر صفراء او قال احدهما
سوداء والاخر بيضاء قطع اي قبلت شهادتهما وقطعت
يد السارق عند الامام لانهما اختلفا فيما ليس في صلب
الشهادة ولهذا لو سكتا عن ذكر اللون تقبل شهادتهما مع
ان التوفيق ممكن بين اللونين لان السرقة تكون
في الليالي غالبا ويكون التحمل فيها من بعيد فيتشابه
عليهما اللونان او يجتمعان بان يكون السواد من
جانب فاحدهما يراه والبياض من جانب والاخر يراه
وفي الاصلاح ويرد عليه انه احتيال في اثبات الحد
والامر بخلافه وتكلموا فما قيل في دفعه انه صيانة للحجة
عن التعطيل وانما يجب الحد ضرورة ضعيف كما لا يخفى
ولو قيل يثبت المال لامكان التوفيق ويسقط الحد
لمكان الشبهة لكان اوفق للاصول واقرب الى المعقول
وان

وان اختلفا في الذكورة والانوثة اي قال احدهما سرق
ذكرا والاخر قال انثى لا يقطع اتفاقا لعدم نصاب
الشاهدين في المعنى لاختلافهما في جنسين متباينين
لا يقطع اتفاقا وعندهما وهو قول الائمة الثلاثة
لا يقطع فيهما اي فيما اختلفا في لونها وفيما اختلفا
في الذكورة والانوثة لان البقرة البيضاء غير السوداء
فكانا سرقتين مختلفتين فلم يتم على واحد نصاب
الشهادة فصار كالاختلاف في الذكورة والانوثة
قيل هذا الاختلاف فيما اذا ادعى سرقة بقرة فقط من
غير تقييد بوصف فاذا ادعى سرقة بقرة سوداء او بيضاء
فاختلف الشاهدان لا تقبل اجماعا كما لا تقبل عنده
اختلافهما في المروي والهروي في سرقة الثوب لان
المدعي كذب احدهما وفي الغصب يعني لو شهدا بغصب
بقرة واختلفا في لونها لا تقبل اتفاقا لان التحمل فيه
بالنهار غالبا على قرب منه فلا يشتبه عليهما وفي التنوير
وفي العين تقبل ولو شهد واحد بالشرا او بالكتابة
بالف متعلق بهما وشهد الاخر بالشرا او الكتابة بالف
ومائة ردت شهادتهما لان المقصود اثبات السبب
وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف ومائة
فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب
على واحد منهما ولا فرق بين ان يكون المدعي هو
البائع او المشتري وبين ان يدعي اقل المالين او اكثرهما
كما سيجيء وكذا لو اختلفا في مقدار بدل الكتابة
لا تقبل شهادتهما كما قررناه وكذا العتق على مال
والصلح عن قود والرهن والخلع ان ادعى العبد

في الصورة الاولى والقاتل في الثانية والراهن في الثالثة
والمراة في الرابعة لان هولاء لا يقصدون اثبات المال
بل اثبات العقد فلا تقبل وان ادعى الاخر اي المولى
في العتق على ما ذكر وولي المقتول في الصلح عن قود
والمرتهن في الرهن والزوج في الخلع بان يدعي مولى
العبد اني اعتقتك على الف ومائة وقال العبد على
الف او ادعى ولي القصاص صالحتك على الف ومائة وقال
القاتل على الف وكذا الباقيات كان كدعوى الدين فيما
ذكر من الوجوه من انها تقبل على الالف اذا ادعى
الفا ومائة بالاتفاق واذا ادعى الفين لا تقبل عنده
خلافا لهما وان ادعى الاقل من المالين تعتبر الوجوه
الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما
لانه ثبت العفو [illegible] والعتق والطلاق باعتراف
صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن
ان كان المدعي هو الراهن لا تقبل لعدم الدعوى لانه
لو لم يكن له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان
دعواه غير معتبرة فكانت كان لم تكن وان كان هو
المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى باقل المالين اجماعا
وفي العناية والدرر كلام مخالف للطالع والاجارة كالبيع
عند اول المدة يعني اذا كانت الدعوى في الاجارة
في اول المدة قبل استيفاء المعقود عليه واختلف
الشاهدان لا تقبل كما لا تقبل عند الاختلاف في
البيع للحاجة الى اثبات العقد سواء كانت الدعوى
عن الموجر او المستاجر وسواء كانت الدعوى باقل
المالين او اكثرهما وكالدين بعدها اي بعد المدة فيثبت

ما اتفق

ما اتفق عليه الشاهدان وهو الاقل اما اذا كان المدعي
هو الاجر فانه لا حاجة حينئذ لاثبات العقد واما ان
كان المستاجر فلان ذلك منه اعتراف بمال الاجارة فيجب
عليه ما اعترف به من غير حاجة الى اتفاق الشاهدين
او اختلافهما وهذا ان ادعى الاكثر واما الاقل لا تقبل
شهادة من شهد بالاكثر لان المدعي يكذبه وفي بعض
الشروح فان كان الدعوى من المستاجر فهو دعوى
العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا
كانت في العقد بطلت الشهادة وثبت عقد المستاجر باعترافه
كما في الغاية وفي النكاح تقبل الشهادة بالالف اذا اختلف
الشاهدان في قدر المهر بان شهد احدهما بالنكاح
بالالف والاخر بالف ومائة عند الامام استحسانا لان
المال في النكاح تابع ومن حكم التابع ان لا يغير الاصل
وكذا لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده وكذا لا يختلف
باختلافه فاذا اتفقا على الاصل وهو الملك والحل فيلزم
القضاء به فيبقى المهر دينا لا منفردا ويقضى باقل المالين
ولا فرق فيه بين دعوى الاقل والاكثر وهو الصحيح
وبين كون الدعوى من الزوج والزوجة وهو الاصح
لان المقصود الاصلي هو النكاح وهو لا يختلف باختلاف
المهر لكونه غير مقصود فلزوم اكذاب شاهد الاكثر
عند دعوى الاقل لا يضر في ثبوت النكاح وقيل
الاختلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية فان كان
المدعي هو الزوج لا تقبل اجماعا وقالا وهو قول
الائمة الثلاثة ترد الشهادة فيه اي في النكاح
ايضا اي كما في البيع ولا يقضى بشيء لان المقصود من

الى نبيت اثبات السبب اذ النكاح بالف غير النكاح بالف
ومائة وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول الامام
فالعمل بالاستحسان اولي وفي الشيء وغيره ولو اختلفا
الشاهدان في الزمان والمكان في البيع والشرا والطلاق
والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض
والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل ولو اختلفا
في الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل وفي البحر
تفصيل فليراجع ولا بد من الجر في شهادة الارث بان
اذا ادعى الوارث عينا في يد انسان انها ميراث ابيه
وشهدا ان هذه كانت لابيه لا يقضي له حتى يجر الميراث
حقيقة بان يقول الشاهد مات وترك ميراثا للمدعي
او حكما كما اشار بقوله او مات وهذا ملكه في يده ~
ثم فرعه اتاه قال انه كان لابنه لا تقبل شهادته
لعدم الجر حقيقة وحكما هذا عند الطرفين خلافا لابي
يوسف فانه قال تقبل شهادته بلا جر لان ملك المورث
فانه كان تقبل شهادة ملك الوارث لكون الوراثة خلافة
ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه فصارت الشهادة
بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ملك الوارث
متجدد في الاعيان وان لم يتجدد في حق الديون
ولهذا يجب الاستبراء على الوارث في الجارية الموروثة
ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير
والتجدد يحتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال
مثبتا لكن يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث
وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا الشهادة
على قيام يده لان الايدي عند الموت تنقلب يد
ملك

ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك
الوقت ان يسوي اسبابه ويبين ما كان من الودائع
والمغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما في يده
ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك كما في العناية
والدرر وقال صاحب المنح ولا بد من الجر المذكور من ~
بي[illegible]ب الوراثة واذا شهدوا انه اخوه فلا بد من
بيان [illegible] اخوه لابيه وامه او لاحدهما ولا بد من قول
الش[illegible] لا وارث له غيره ولو قالا لا وارث له بارض
كذا [illegible] عنده خلافا لهما فذكر اسم الميت ليس بشرط حتى
لو شهدوا انه جده ابو ابيه ووارثه ولم يسميا الميت تقبل به
وان [illegible] الميت فان قال الشاهد كانت هذه الشيء لابي المدعي
اعاره من ذي اليد او اودعه اياه قبلت الشهادة بلا
جر لان [illegible] المستعير والمودع والمستاجر يد الميت فصار
كانه شهد بان اباه مات والمنزل في يده وان شهد ان
هذا الشيء كان في يد المدعي منذ كذا والحال انه ليس في
يده عند الدعوى ردت شهادتهما وعند ابي يوسف ايضا
تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدا انه كان ملكه
تقبل فكذا هذا وصار كما لو شهد بالاخذ من المدعي ووجه
الظاهر وهو قول الطرفين ان الشهادة قامت بمجهول ~
فان اليد متنوعة الى يد ملك وضمان فلا يمكن القضاء بالشك
بخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد
وبخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وعن هذا قال فان
شهدا انه كان ملكه قبلت شهادتهما لما مر ولو اقر المدعي
عليه انه كان في يد المدعي امر بالدفع اليه اي الى المدعي
لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وكذا الامر

بدفعه لو شهدا باقراره اي اقرار المدعى عليه بذلك اي بانه
لو كان في يد المدعي لان الاقرار معلوم فيصح الشهادة به

باب الشهادة على الشهادة لا يخفى حسن

تاخير شهادة الفرع عن الاصول تقبل الشهادة على الشهادة
استحسانا في جميع الحقوق كالاموال والوقف على الصحيح
احيا له وصونا عن اندراسه كما في البحر وفي الاختيار
هذا رواية عن ابي يوسف وعن الامام انها لم تقبل في
قضا القاضي وكتابه كما في الخانية في غير حد وقود وانما
وصلية تكررت مرتين او مرات اي يجوز في درجات
كما يجوز في درجة وكان القياس ان لا يجوز لان الشهادة
عبادة بدنية والنيابة لا تجري فيها وجه الاستحسان
ان الحاجة ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن ادايها
لبعض العوارض فلو لم تجز لادى الى توا الحقوق ولهذا
جوزت وان كثرت اي وان تعددت الا ان فيها شبهة من جهة
البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز
عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود
والقصاص وعند الايمة الثلاثة تقبل فيما يسقط بها ايضا
وشرط لها اي لهذه الشهادة تعذر حضور الاصل اي اصل
الشاهد على القضية لادايها باحد من الاسباب الثلاثة
موت اي موت الاصل كما في الهداية وغيرها لكن في القهستاني
نقلا عن الهداية ان الاصل اذا مات لا تقبل شهادة فرعه
فتشترط حياة الاصل او مرض اي يكون مريضا مرضا لا يستطيع
به حضور مجلس القاضي وعنه اشعار بانها تقبل اذا
كان الاصل مخدرة وهي التي لا تخالط الرجال ولو خرجت
لقضا حاجة او للحمام كما في القنية وكذا اذا حبس الاصل

في سجن

في

كراس ١٨

١٧١

171

في سجن الوالي واما في سجن القاضي ففيه خلاف كما في
السراج ومعنى هذا ان ذكر الثلاثة ليس بحصر او سفر
شرعي في ظاهر الرواية وعليه الفتوى لان جوازها
عند الحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشيا
يتحقق العجز بلا مرية فلو كان الفرع بحيث لو حضر
الاصل مجلس الحكم امكنه البيتوتة في منزله لم تقبل
وعند اكثر المشايخ وهو قول الايمة الثلاثة تقبل
وعليه الفتوى كما في السراجية والمضمرات قالوا الاول
احسن والثاني اوفق وعن محمد انه يجوز كيف ما كان
ولو كان الاصل في المصر وشرط ان يشهد عن كل اصل
اثنان لان شهادة واحد على شهادة واحد ليس بحجة
خلافا لمالك ولا يشترط تغاير فرعي الشاهدين بل
يكفي الفرعان للاصلين فيشهد رجلان على شهادة اصل
واحد ثم يشهد هذان الشاهدان على شهادة اصل
اخر في حادثة واحدة تقبل عندنا لقول علي رضي الله
عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ذكره
مطلقا من غير تقييد بالتغاير ولم يرو غيره خلافه
فحل الاجماع خلافا للشافعي بل لا بد عنده ان يكون
شهود الفرع اربعة لان كل فرعين قاما مقام اصل
واحد فصارا كالمرأتين وذكر في الكنز ان يشهد رجلان
على شهادة شاهدين انتهى وظاهره ان يكون ذلك شرطا
فلا تقبل شهادة النسا على الشهادة كما قاله القدسي
في الحاوي وليس كذلك بل هو سهو وما وقع في الكنز
اتفاقي لانه يجوز ان يشهد عليها رجل وامراتان لتمام
النصاب وكذا لا يشترط ان يكون المشهود على شهادته

18

رجلا لان المراة ايضا ان تشهد على شهادتها رجلين او رجلا
وامراتين ويشترط ان يشهد على شهادة كل امراة نصاب
الشهادة كما في التبيين وغيره وصفتها اي الشهادة على
الشهادة ان يقول الشاهد الاصل اي اصل كل من
الفريقين عند التحميل مخاطبا للفرع اشهد عند الحاجة
امر من ان اشهد لي فلو اشهد رجلا وهناك رجل يسمعه
لم يجز له ان يشهد على شهادته فلو لم يذكر لم يجز خلافا
لابي يوسف فانه معلوم كما في المحيط اني اشهد بكذا
اي بان فلانا ابن فلان اقر عندي له بالف درهم والجملة
بدل عن المجرور وقيد بقوله على شهادتي لانه لو قال
اشهد على بكذا لم يجز له الشهادة وقيد بعلي لانه لو قال
بشهادتي لم يجز له كما في التبيين قيد بالشهادة على
الشهادة لان الشهادة بقضاء القاضي صحيحة وان لم يشهدها
القاضي عليه وذكر في الخلاصة اختلافا بين الامام وابي
يوسف فيما اذا سمعاه في غير مجلس القضا واشار بعدم
اشتراط قبوله الى سكوت الفرع عند تحمله يكفي لكن
لو قال لا اقبل ينبغي ان لا يصير شاهدا كما في القنية
ولا ينبغي ان يشهد الشاهد على شهادة من ليس بعدل
عنده ويقول الشاهد الفرع عند الادا اشهد على
صيغة المتكلم ان فلانا اشهدني ماض من الافعال على
شهادته بكذا وقال لي اشهد امر من الثلاثي على شهادتي به
اي بكذا لانه لابد من شهادة الفرع وذكر الفرع شهادة
الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا بان يقول
الاصل اشهد بكذا وانا اشهدك على شهادتي فاشهد على
شهادتي ويقول الفرع عند القاضي وقت الادا اشهد

ان

ان فلانا يشهد ان لفلان على فلان كذا واشهدني على
شهادته وامرني بان اشهد على شهادته انا اشهد على
شهادته او اقصر منها بان يقول الاصل اشهد على شهادتي
بكذا ويقول الفرع اشهد على شهادة فلان بكذا ذكره محمد
في السير الكبير وهو مختار الفقيه ابي جعفر وابي الليث
والسرخسي وهو اسهل وايسر لكن كلام المصنف اوسط
لما قالوا خير الامور اوساطها ويصح تعديل الفرع اصله
وهذا ظاهر الرواية وهو الصحيح كما في البحر لان الفرع
ناقل عبارة الاصل الى مجلس القاضي فبالنقل ينتهي
حكم النيابة فيصير اجنبيا فيصح تعديله والمراد ان
الفرع معروف بالعدالة عند القاضي فعدلوا الاصول
وان لم يعرفهم فلا بد من تعديلهم وتعديل اصولهم
كما في المنح وفيه ايما الى انه يجب ان يكون الاصل عدلا فلو
خرس او فسق او عمي او ارتد لم تقبل شهادة فرعه كما في
الخزانة والى انه لو غاب كذا سنة ولم يعلم بقاؤه على عدالته
تثبت شهادة فرعه كما في الخزانة ان كان الاصل
رجلا مشهورا كما في الذخيرة ويصح تعديل احد
الشاهدين الفرعين الذي هو عدل عند القاضي الفرع
الاخر الذي لم يعلم عدالته لانه من اهل التزكية وقيل
لا تقبل لانه بتعديله يصير متهما بقبول الشهادة وهي منفعة
لنفسه فيتهم ولا يخفى انه مغن عن السابق وشامل
لتعديل الاصل فرعه اذا احضر وقد صح ذلك كما في القهستاني
فان سكت اي الفرع عنه اي عن تعديل الاصل جاز ونظر
اي نظر القاضي في حاله اي حال الاصل كما لو حضر الاصل
بنفسه وسأل عن عدالة الاصل غير الفرع تكون

الاصل مستعدا وان ثبتت عدالته تقبل عنده شهادة فرعه
عند ابي يوسف وهو المختار لان الواجب علي الفرع
هو النقل لا التعديل ان يخفي عليه عدالته وقال
محمد ترد شهادته لانه لا شهادة الا بالعدالة واذا لم
يعرف الفرع عدالة الاصل لا يجوز نقله فترد شهادة الفرع
علي شهادته وتبطل شهادة الفرع قبل الحكم بانكار الاصل
الشهادة اي الاشهاد بان قالوا لم نشهدهم علي شهادتنا
فماتوا وغابوا ثم شهد الفروع لم تقبل لان التحميل
لم يثبت للتعارض بين الخبرين وتقريرا الاصل علي شهادته
شرط لصحتها بخلاف ما لو اشهده علي شهادته ثم نهاه عنها
لم يصح نهيه كما في التنوير فقيد بالانكار لانه لو سئل
فسكت لم يبطل الاشهاد وقيدنا بقبل الحكم لانه لو انكر
بعد الحكم لم تبطل كما قال يعقوب باشا في حاشيته ومراده
من بطلان شهادة الفروع عدم قبولها واما الحكم
الواقع قبل الانكار فلا يبطل وان شهدا علي شهادة
اثنين علي فلانة بنت فلان الفلانية انها اقرت
لفلان بكذا وقالا اي الفرعان اخبرانا اي الاصلان
انهما يعرفانها اي الفلانية وجاء المدعي بامراة منكرة
لم يدريا اي الفرعان انها هذه الامراة هي اي الفلانية
ام لا قيل له اي قال القاضي للمدعي قد ثبت لك الحق علي
فلانة بنت فلان الفلانية وهذا لانهما نقلا كلام
الاصول كما تحملا وقولهما لا ندري اهي هذه ام لا لا يوجب
جرحا في الشهادة لانهما لم يعرفاها فقد عرفها الاصول
الا انها غير تامة لكونها عامة اذ عددهم لا يحصل ولذا
قال له هات شاهدين انها هي لان التعريف بالنسبة

قد

قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي ان تلك النسبة الخاصة
وهي منكرة فلا بد من اثبات انها لها وكذا في نقل الشهادة
وهو كتاب القاضي الي القاضي لانه في معني الشهادة
علي الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور
ولايته ينفرد بالنقل وانما اوردها في المراة مع ان الحكم
كذلك لغلبة عدم المعرفة في المراة فان قالا اي الشاهدان
فيهما اي في الشهادة والنقل فلانة بنت فلان التميمية
لا يجوز قولهما لان مثل هذه النسبة غير تامة في التعريف
لكونها عامة مع كونها في امراة حتي ينسباها الي فخذها
وهي القبيلة الخاصة يعني عدم ذكر الجد فهذا لان
اي الجد الاعلى
التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة
كالنسبة الي بني تميم فقط لانهم قبائل كثيرون لا يحصي
عددهم ويحصل بالنسبة للفخذ لانها خاصة والتعريف
يتم بذكر الجد او الفخذ او بنسبة خاصة تنزل منزلته
والنسبة الي المصر والمحلة الكبيرة عامة والي السكة
الصغيرة خاصة وفي البحر والاصل ان التعريف بالاشارة
الي الحاضر وفي الغائب لا بد من ذكر الاسم والنسب
والنسبة الي الاب لا تكفي عند الطرفين فلا بد من ذكر الجد
خلافا للثاني فان لم ينسب الي الجد ونسبه الي الاب الاعلي
كتميمي او بخاري او الي الحرفة لا الي القبيلة والجد لا يكفي عند
الامام وعندهما ان معروفا بالصناعة يكفي وان نسبها الي
زوجها يكفي للمقصود الاعلام وتمامه فيه فليطالع

باب الرجوع عن الشهادة

وجه المناسبة
لما قبله وتاخيره ظاهر لان الرجوع عن الشهادة يقتضي سبق
وجودها وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه

خلاصا عن عقاب الكبيرة وترجم له بالباب تبعا للكنز مخالفا
للهداية اذ لم يفرد له ابواب متعددة وهو وان كان اداء
للشهادة لكنه داخل تحتها كدخول النوافل في الطهارة -
قيل ركنه قول الشاهد رجعت عما شهدت به او شهدت بزور
فيما شهدت به او كذبت في شهادتي فلو انكرها لم يكن رجوعا
وشرطه ان يكون عند القاضي وعن هذا قال لا يصح الرجوع
عنها اي عن الشهادة الا عند قاض سوا كان هو القاضي
الاول او غيره لان الشهادة تختص بمجلسه فيختص الرجوع
بما يختص به الشهادة وهو مجلس القاضي فلو ادعى المشهود
عليه رجوعهما اي رجوع الشاهدين عند غيره اي غير
القاضي لا يحلفان اي الشاهدان اذا اراد المشهود عليه
التحليف ولا يقبل برهانه اي برهان المشهود عليه
على رجوعهما لانه ادعى رجوعا باطلا بخلاف ما لو ادعى
المشهود عليه وقوعه اي وقوع الرجوع عند قاض آخر
غير الذي كان قضى بالحق وتضمينه عطف على قوله وقوعه
اي تضمين الوصي للمال اياهما اي الشاهدين وان اقام
بينة تقبل بينته ويحلفان لان السبب صحيح
كما لو اقر عند القاضي انه رجع عند غير القاضي فانه
صحيح وان اقر برجوع باطل لانه يجعل انشاء للحال كما في
الفتح وفي المحيط ولو ادعى رجوعهما عند القاضي ولم يدع
القضا بالرجوع والضمان لا تسمع منه البينة ولا يحلف
عليه لان الرجوع لا يصح ولا يصير موجبا للضمان الا
باتصال القضا به فان رجعا اي الشاهدان عن الشهادة
قبل الحكم بها لا يحكم القاضي بشهادتهما اذ لا قضا بكلام متناقض
ولا ضمان عليهما لعدم الاتلاف لكن يعزر الشاهد واطلاقه

شامل

شامل لما لو رجعا عن بعضها كما لو شهدا بدار وبنائها او باتان
وولدها ثم رجعا في البنا او الولد لم يحكم بالاصل لان الشاهد
فسق بنفسه وشهادة الفاسق ترد كما في جامع الفصولين
فان رجعا بعده اي بعد الحكم لا ينقض القاضي حكمه لان
الكلام الاول قد تأكد بالقضا فلا ينقض بالثاني واطلاقه
شامل لما اذا كان الشاهد وقت الرجوع مثله وقت شهادته في
العدالة او دونه او افضل منه كما في اكثر المعتبرات لكن في
اكثر المعتبرات لكن في خزانة المفتيين معزيا الى المحيط ان
كان الرجوع بعد القضا ينظر الى حال الراجع فان كانت
حاله عند الرجوع افضل من حاله وقت الشهادة في
العدالة صح رجوعه في حق نفسه وفي حق غيره حتى يجب
عليه التعزير وينقض القضا ويرد المال على المشهود
عليه ولا يجب الضمان على الشاهد انتهى قال صاحب
البحر وهو غير صحيح عند اهل المذهب لما في الفتح ما نقلوه
من وجوب الضمان على الشاهد اذا رجع بعد الحكم وفي
هذا التفصيل عدم تضمينه مطلقا مع انه في نقل مناقض
لانه قال اول الباب بالضمان موافقا للمذهب انتهى لكن في
الخلاصة مثل ما في الخزانة لكنه قال وهذا قول الامام
الاول وهو قول استاذه حماد ثم رجع عن هذا القول
وقال لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال حتى لا ينقض
القضا ولا يرد به على المشهود عليه وهو قولهما انتهى
فعلى هذا انما قاله صاحب البحر انه غير صحيح عند اهل المذهب
ليس بسديد بل الصواب ان يقول هو مرجوع عنه تامل
تامل وضمنا اي الشاهدان الراجعان للمشهود عليه ما
اتلفاه بها اي بالشهادة لاقرارهما على انفسهما بالضمان

وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا عبرة بالتسبيب عند وجود
المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو
القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن
تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض
فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي مدعاه
دينا كان او عينا لان الاتلاف بالقبض يتحقق ولانه
لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين وقد تبع المصنف
الكنز والهداية في تقييده وهو مختار السرخسي وصاحب
المجمع وخالف اصحاب الفتاوى في اختلافهم وقد صرح
في الخلاصة والبزازية وغيرهما بالضمان بعد القضاء
قبض المدعي المال اولا قالوا وعليه الفتوى وفي الخلاصة
انه قول الامام الاخر وهو قولهما انتهى وظاهره ان
اشتراط القبض مرجوع عنه كما في البحر وفرق شيخ
الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود
به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم
يقبضها المدعي وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وفي
البحر تفصيل عدم الضمان بتضمين الشاهد في رجوعه
فلو راجع فان رجع احدهما اي احد الشاهدين من شهادته
في دعوى حق بعد القضاء ضمن الراجع نصفا اذ بشهادة
كل منهما يقوم نصف الحجة فيبقى احدهما على الشهادة تبقى
الحجة في النصف فيجب على الراجع ضمان ما لم تبق الحجة
فيه وهو النصف وعن هذا قالوا العبرة في باب الضمان
لمن بقي من الشهود وعند الائمة الثلاثة العبرة لمن رجع
الا في رواية عنهم لا لمن رجع فهذا هو الاصل فان بقي اثنان
يبقى كل الحق وان بقي واحد يبقى النصف كما مر آنفا ولذا
فرع

فرع عليه المسائل فقال فان شهد ثلاثة بحق ورجع
واحد عن شهادته لا يضمن الراجع شيئا لبقاء نصاب الشهادة
فان رجع آخر بعد رجوع واحد من الثلاثة يعني هذا
الثاني قوله فان رجع تعقيبية ضمنا اي الراجعان
نصفا من المقبوض لبقاء نصف نصاب الشهادة وهو
واحد من ثلاثة فيبقى نصف الحق فان قيل ينبغي ان
يضمن الراجع الثاني فقط لان التلف اضيف اليه اجيب
بان التلف مضاف الى المجموع الا انه عند رجوع الاول
لم يظهر اثره لمانع وهو بقاء الشاهدين فلما زال ذلك
المانع برجوع الاخر ظهر اثره وان شهد رجل وامرأتان
فرجعت واحدة منهما ضمنت الراجعة ربعا بالاجماع لبقاء
ثلاثة ارباع الحق ببقاء رجل وامرأة وان رجعتا اي
المرأتان ضمنتا نصفا لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل
ولو شهد رجل وعشر نسوة فرجع ثمان منهن لا
يضمن على صيغة الجمع المؤنث الغائبة شيئا لبقاء النصاب
فهو رجل وامرأتان فاما ثمان من العشر فان رجعت امرأة اخرى
بعد رجوع الثمان من العشر ضمن النسوة التسع ربعا
لبقاء ثلاثة ارباع الحق ببقاء رجل وامرأة كما مر وان رجع
النسوة العشر دون الرجل ضمن صيغة جمع مؤنث
غائبة نصفا بالاجماع لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل قيل
ينبغي ان يقول وان رجعت في المحلين وكذا في قوله
وضمن التسع ينبغي ان يقول وضمنت فنقول يجوز في
مثله لان الله تعالى قال في قصة يوسف وقال
نسوة ووجهه بين في التفسير فليطالع وان رجع
الكل اي الرجل والنساء قال فعلى الرجل سدس اي سدس

الحق وعليهن اي على النساء خمسة اسداس عند الامام لان
كل امراتين قامت مقام رجل واحد فعشر نسوة كخمسة
من الرجال كما لو شهد به ستة رجال ثم رجعوا فان
الضمان عليهم يكون اسداسا فعلى الرجل غرم السدس
هو حصة الثنين من القسم وعليهن غرم خمسة اسداس
وعندهما عليه اي على الرجل نصف وعليهن اي على
النساء نصف لان العشر من النساء يقمن مقام رجل واحد
فيكن نصف النصاب كما ان الرجل الواحد يكون نصف
النصاب ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل
فيكون الغرم على المناصفة وفي التبيين نقلا عن المحيط
لو رجع الرجل وثمان نسوة منهن فعلى الرجل نصف الحق
ولا شيء على النسوة لانه وان كثرت يقمن مقام رجل واحد
وقد بقي من النساء من يثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل
الراجعات كانهن لم يشهدن ثم قال وهذا سهو بل يجب
ان يكون النصف اخماسا عنده وعندهما انصافا
وذكر الاسبيجابي لو رجع واحد وامراة كان النصف بينهما
اثلاثا فلو كان كما قال لم يجب عليهما شيء انتهى لكن ذكر
الاسبيجابي عقيب هذه المسالة اختلافا لانه قال
لو شهد رجل وثلاث نسوة فقضي به ثم رجع رجل
وامراة ضمن الرجل نصف المال ولم تضمن المراة شيا في قولهما
وفي قياس قول الامام نصف المال اثلاثا على الرجل
وثلثه على المراة فعلى هذا ان صاحب الكافي اختار قولهما
فلا سهو تدبر وان شهد رجلان وامراة ورجعوا فالغرم
على الرجلين لان الواحدة ليست بشاهد بل هي بعض
الشاهد فلا يضاف اليه الحكم ولا يضمن راجع شهد بنكاح

بمهر

بمهر مسمى عليها اي على المراة او عليه اي على الزوج الاصل
ان المشهود به ان لم يكن مالا بان كان قصاصا او نكاحا
او نحوهما لم يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي وان كان
مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان على
الشاهد لان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان بعوض
لا يعادله فبقدر العوض لا ضمان بل فيما وراءه وان
كان الاتلاف بلا عوض اصلا وجب ضمان الكل اذا تقرر
هذا فنقول ادعى رجل على امراة نكاحا وهي جاحدة
واقام على ذلك بينة فقضى بالنكاح ثم رجعا عن شهادتهما
لم يضمنا لها شيا سواء كان المسمى مقدار مهر مثلها او اكثر
او اقل لانهما وان اتلفا البضع عليها بعوض لا يعدله
ولكن البضع لا يتقوم على المتلف وانما يتقوم على المتملك
ضرورة التملك فان ضمان الاتلاف يقدر بالمثل ولا مماثلة
بين البضع والمال واما عند دخوله في ملك الزوج فقد
صار متقوما اظهارا لخطره كما في الدرر اما اذا ادعى
مهر المثل بيانه ان كان مهر مثلها مثل المسمى او اكثر لم
يضمنا شيا لانهما اوجبا المهر عليه بعوض يعدله او يزيد
عليه فهو البضع لانه عند الدخول في ملك الزوج
متقوم وقد بينا ان الاتلاف بعوض يعدله لا يوجب
الضمان وان كان مهر مثلها اقل من المسمى ضمنا الزيادة
للزوج لانهما اتلفا قدر الزيادة بلا عوض وكذا
لو شهدا عليها بقبض المهر او بعضه ثم رجعا بعد القضاء
ضمنا لها ولا يضمن من شهد بطلاق بعد الدخول لان المهر
تاكد بالدخول فلا اتلاف ويضمن في الطلاق قبل الدخول
نصف المهر ان كان مسمى او المتعة ان لم يكن مسمى لانهما

اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن
الزوج او ارتدت سقط المهر ولان الفرقة قبل الدخول
في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر ثم يجب المهر
ابتداء بطريق المتعة وكان واجبا بشهادتهما كما في الهداية
والتعليل الاول للمتقدمين والثاني للمتاخرين وفي
البحر تفصيل فليراجع وفي التنوير يضمن المهر على شهود
الثلاثة لا على الزنا ولو كان ذلك بعد وطيء او خلوة فلا ضمان
على احد وفي البيع يضمن ما نقص عن قيمة المبيع وفي
المنح ولو شهدا على البايع به بمثل القيمة او اكثر فلا
ضمان لانه اتلاف بعوض وان شهدا باقل من قيمته
ضمنا النقصان لانه بغير عوض ولو شهدا على المشتري
فلا ضمان لو شهدا بالشراء بمثل القيمة او اقل وان كان
باكثر ضمنا ما زاد عليها كذا صرحوا فعلى هذا لو قال ولا
في البيع الا ما نقص من قيمة المبيع ان ادعى المشتري
ولا في البيع الا ما زاد على القيمة من الثمن ان ادعى
البايع كما في الدرر لكان اظهر واولى تدبر وفي التنوير
ولو شهدا على البايع بالبيع بالف الى سنة وقيمته الف
فان شاء ضمن الشهود قيمته حالا وان شاء اخذ المشتري
الى سنة وايا ما اختار برئ الاخر وفي العتق يضمن
القيمة يعني اذا شهدا على عتق عبد ثم رجعا ضمنا قيمة
العبد مطلقا اي سواء كانا موسرين او معسرين لاتلافهما
مالية العبد عليه من غير عوض ولا يتحول الولاء اليهما
بالضمان لان العتق لا يحتمل الفسخ فلا يتحول بالضرورة
اذ الولاء لمن اعتق اطلق العتق فانصرف الى العتق بلا مال
فلو شهدا انه اعتق عبدا على خمسمائة وقيمته الف فقضى

ولو شهدا انه طلقها ثلاثا وآخران انه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا فضمانه م

ثم رجعا

ثم رجعا ان شاء ضمن الشاهدين الالف ورجعا على العبد
بخمسمائة والولاء للمولى كما في البحر وفي التنوير
وفي التدبير ضمنا ما نقصه وفي الكتابة يضمنان قيمته
ولا يعتق حتى يؤدي ما عليه اليهما وما في المنح من
ان الولاء للذين شهدا عليه بالكتابة سهو والصواب
للذي كاتبه كما في البحر وفي الاستيلاد يضمنا نقصان
قيمة الامة فان مات المولى عتقت وضمن الشاهدان
قيمتها للورثة وفي القصاص يضمن الدية فقط يعني
اذا شهدا ان زيدا قتل بكرا فاقتص زيد ثم رجعا يجب
الدية عندنا لا القصاص لان القتل وجد باختيار
الولي لانه ليس بمضطر فيه لاقتداره على العفو ايضا
فلم يكونا سببا بالقتل فلراجحة السببية وقعت الشبهة
وهي مانعة عن القود لا عن الدية لان المال يثبت
مع الشبهة بخلاف المكره لانه مباشر فيه فيكون
سببا يضاف اليه القتل فيقتص وعند الشافعي يقتص
لوجود القتل تسببا كالمكره ويضمن الفرع اي يضمن شهود
الفرع بالرجوع عن شهادتهم لان الشهادة في مجلس القضاء
صدرت منهم وكان التلف مضافا اليهم لا الاصل ان قال
الاصل ما اشهدته اي الفرع على شهادتي اي لا يضمن
شهود الاصل بعد الحكم بقولهم لم نشهد الفروع على شهادتنا
بالاجماع لان الحكم لم يضف اليهم بل الى الفرع فلا يبطل القضاء
بعد الحكم للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد
ولو قال الاصل اشهدته اي الفرع وغلطت ضمن عند محمد
لان الفروع نقلوا شهادة الاصل فكان الاصل حضر وشهد
عند محل القضاء ثم رجع لا يضمن عندهما لان الحكم لم يقع بشهادة

بشهادة الاصل بل بشهادة الفرع وقوله غلطت اتفاقي اذ لو
قال رجعت عنها فلا ضمان ايضا عندهما وان رجع الاصل
والفرع جميعا بعد الحكم ضمن الفرع فقط عند الشيخين
لان الاتلاف قد حصل بعد القضا والقضا بشهادة الفرع
فيضاف التلف اليه بعد رجوعه والضمان على المتلف
وعند محمد يضمن المشهود عليه اي الفريقين من الاصل
والفرع شا اي ان المشهود عليه بين تضمين الفرع
والاصل عنده لان القضا وقع بشهادة الفرع من وجه
وبشهادة الاصل من وجه فيخير بينهما والجهتان متغا
متغايرات ولا يجمع بينهم في التضمين وقول الفرع كذب
مثل ماضي اصلي او غلط ليس بشي يعني بعد الحكم
بشهادتهم لان ما مضى من القضا لا ينتقض بقولهم ولا
يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا
على غيرهم بالرجوع وان رجع المزكي عن التزكية ضمن
المزكي بالرجوع عن تزكية الشاهد بعد ان زكاه عند
الامام لان قبول الشهادة عند القاضي بالتزكية يكون
علة لعلة معنى فيضاف الحكم الى علة العلة خلافا لهما
فان عندهما لا ضمان على المزكين لانهم اثنوا على الشهود
خيرا فصاروا كشهود الاحصان فالخلاف فيما اذا قالوا
تعمدنا او علمنا ان الشهود عبيد ومع ذلك زكيناهم
اما اذا قال المزكي اخطأت فيها فلا ضمان اجماعا كما في البحر
وغيره فعلى هذا لو قيد مع علمه بكونهم عبيدا لكان اولى
وقيل الخلاف فيما اذا اخبر المزكون بالحرية بان قالوا انهم
احرار اما اذا قالوا هم عدول فبانوا عبيدا لا يضمنون
اجماعا لان العبد قد يكون عدلا ولا يضمن شاهد
الاحصان

الاحصان برجوعه لانه شرط محض فلا يضاف الحكم اليه
ولو رجع شاهد اليمين وشاهد الشرط ضمن شاهد
اليمين خاصة يعني اذا شهدا انه علق عتق عبده
بشرط وشهد اخران ان الشرط الذي علق به العتق
وجد فحكم الحاكم به ثم رجع جميعهم يضمن شهود اليمين
قيمة العبد لانهم اثبتوا العلة وهو قوله انت حر
ولا يضمن شهود الشرط لان الشرط كان مانعا وهم
اثبتوا زوال المانع والحكم يضاف الى العلة لا الى زوال
المانع ولو رجع شاهد الشرط وحده اختلف المشايخ
قال بعضهم يضمن شاهد الشرط والصحيح ان شهود
الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات واليه
مال شمس الايمة السرخسي اولا ثم مال فخر الاسلام
علي البزدوي كما في التبيين وغيره ومن علم انه شهد
زورا بان اقر على نفسه انه شهد زورا او شهد بقتل رجل
او موته فجا حيا او شهد برؤية الهلال فجا ثلاثون يوما
ولحس بالسما علة فلم ير الهلال شهر فقط ولا يعزر
عند الامام وعليه الفتوى كما في السراجية وعندهما
يوجع ضربا ويحبس وفي الكافي اعلم ان شاهد الزور
يعزر اجماعا انصل الفصل بشهادته اولا لانه ارتكب
كبيرة انفصل ضررها بمسلم الا انهم اختلفوا في كيفية
تعزيره فقال الامام تعزيره تشهيره فقط وقالا يضرب
ويحبس وهو قول الشافعي لان عمر رضي الله تعالى عنه
ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه وله ان
شريح القاضي في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما يشهر بان
يبعثه الى سوقه او الى قومه لا فسا في جماعته وهذا

التشهير لا يخفى على الصحابة رضي الله عنهم فلم ينكر عليه احد
منهم فحل محل الاجماع وكان هذا من الامام احتجاجا
باجماع الصحابة لا تقليد الشارح ولانه لا يرى تقليد
التابعي وحديث عمر رضي الله عنه محمول على انه سياسة
بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم

كتاب الوكالة

مناسبتها للشهادة من حيث ان الانسان يحتاج
في معاشه الى التعاضد والشهادة منه وكذا الوكالة
وهي لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكل يكل اذا
فوض اليه الامر فيكون الوكيل بمعنى المفعول لانه موكول
اليه الامر وقيل هي الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى
فيكون بمعنى الفاعل والتوكيل صحيح بالكتاب والسنة
والاجماع وشرعا هي اي الوكالة اقامة الغير مقام
نفسه في التصرف والمراد بالتصرف ان يكون معلوما
كما في اكثر المعتبرات وقال وهو مشكل لانهم اتفقوا على
ان توكيل الصبي انما قال يصح دون الغبن اليسير
من الفاحش مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال
بعلم الفقه فلا وجه لاشتراطه في صحة التوكيل انتهى لكن
المراد من الصبي العاقل هو المميز مطلقا فلا يرد تدبر
لانه اذا لم يكن معلوما يثبت ادنى التصرفات وهو
الحفظ فيما اذا قال وكلتك بمالي ولو قال
في تصرف جائز معلوم لكان اولى لان التصرف مطلقا يشمل الجائز
والمعلوم وغيرهما كما في المنح لكن يمكن ان يجاب بعنايات اللام
للعهد فلا حاجة الى زيادة تدبر وشرطها اي الوكالة كون
الموكل اسم فاعل ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد
ولاية التصرف من الموكل فلا بد للتقييد من ان يملكه ويقدره

وقيل

وقيل هذا على قولهما واما على قوله فالشرط ان يكون
التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فيكون الموكل مالكا لذلك
التصرف الذي وكل به الوكيل ليس بشرط اذ يجوز توكيل
المسلم ذميا ببيع الخمر والخنزير عنده مع ان المسلم لا يملك
هذا التصرف بنفسه انتهى لكن الشرط ان يكون الموكل مالكا
للتصرف نظرا الى اصل التصرف وقادرا عليه وان امتنع في
بعض الاشياء بعارض النهي فلا يلزم ما قيل تدبر وشرطها
ايضا كون الوكيل ممن يعقل العقد ويعرف ان البيع سالب
للمبيع وجالب للثمن والشراء على عكسه ويعرف الغبن
الفاحش واليسير ويقصده اي يقصد الوكيل ثبوت
العقد وحصول الربح حتى لو تصرف في البيع بطريق
الهزل فلا يقع عن الموكل كما في اكثر الكتب لكن ليس فيما
نحن فيه لان الكلام في صحة الوكالة لا في صحة بيع الوكيل
وعدمه وعدم وقوعه عن الموكل ولذا تركه في الكنز
الا ان يقال ان قوله ويقصده تاكيد لقوله يعقل والعطف
عطف تفسير لانه بالقصد يعلم كمال العقل تدبر وفيه رمز
على ان المعتوه يصح ان يكون وكيلا لانه يعقله ويقصده
وان لم يرجح المصلحة على المفسدة واي ان علم الوكيل
بالوكالة لم يشترط خلافا للمجهول فلو وكل ببيع عبده
وطلاق امراته فتصرف الوكيل قبل العلم جاز خلافا له كما
في القهستاني نقلا عن المحيط ثم فرعه بقوله فيصح
توكيل الحر البالغ ينبغي ان يقيد بالعاقل ليحترز
عن المجنون كما في التنوير فلا يصح توكيل مجنون
وصبي لا يعقل مطلقا وصبي يعقل بنحو طلاق وعتاق
وهبة وصدقة من التصرفات الضارة وصح توكيله

بما ينتفع بلا اذن وليه بقبول الهبة وبما تردد بين ضرر
ونفع كبيع واجارة ان ماذونا والا توقف على اجازة
وليه او الماذون والمراد بالماذون الصبي العاقل الذي
اذن له الولي والعبد الذي اذن له المولى اي يصح توكيل
كل منهما حرا مفعول التوكيل بالغا او ماذونا لان الموكل مالك
للتصرف والوكيل اهل او توكلهما صبيا عاقلا او عبدا
محجورين فيتبدأ للصبي والعبد لان الصبي اهل للعبارة
حتى ينعقد تصرفه باذن الولي فكذا العبد حتى صح طلاقه
واقراره في الحدود والقصاص لكن لا يرجع حقوق
العقد اليهما بل الى موكلهما اذ لا يصح منهما التزام
العهدة فالصبي لقصور الاهلية والعبد لحق المولى بخلاف
الماذون فيحتمل بحيث تلزمهما العهدة استحسانا وفي الشمني
وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم
علم انه صبي محجور او عبد محجور له خيار الفسخ وان
كانا ماذونين لزمهما الثمن ويصحا بمعنى الامر استحسانا
بكل [illegible] موصوفة او يعين للموصولة والظرف متعلق
للتوكيل اي صح التوكيل لكل عقد يعقده هو اي الموكل
بنفسه اي مستبدا بنفسه او بولاية نفسه عن الغير
كالبيع والهبة والصدقة والوديعة وغيرها لان الانسان
قد يعجز عن المباشرة بنفسه فيحتاج الى توكيل غيره
فلا بد من جوازه دفعا لحاجته وفي القهستاني ولا
يشكل بتوكيل المسلم الذمي ذميا او مسلما ببيع الخمر
او شرائها وبالتوكيل ببيع المسلم والاستقراض كما ظن
فان الكفاية كافية للاول والثاني والثالث مستثنى بقرينة
الاتي والرابع مختلف فيه انتهى ويمكن دفعه بوجه اخر
كما بين

كما بين انفا وصح التوكيل بايفاء كل حق وباستيفائه
لان الموكل قد لا يهتدي الى طريق الايفاء والاستيفاء
فيحتاج الى التوكيل بالضرورة والمراد بالايفاء دفع ما عليه
والاستيفاء القبض الا في حد كقذف او سرقة وقصاص
اي لا يصح التوكيل باستيفائهما مع غيبة الموكل عن المجلس
كما اذا قال الموكل وجب لي على فلان حد او قصاص في
النفس او الطرف فوكلتك ان تطلبه منه فيقبل ذلك
استيفائهما بدون حضور الموكل بل لسقوطهما
بالشبهة وعند حضوره يجوز استيفاؤهما اجماعا وانما قلنا لا يصح التوكيل
باستيفائهما لانه صح التوكيل باثباتهما وقال ابو يوسف
لا يجوز التوكيل باثباتهما وقول محمد مضطرب والاظهر
انه مع الامام في نفس التوكيل وكذا الخلاف في التوكيل
بالجواب من جانب من له الحد والقصاص وفي شرح الطحاوي
صح التوكيل باستيفاء التعزير وعند [illegible] الائمة الثلاثة
يصح في القود وان غاب الموكل الا في رواية عن احمد وقول من
الشافعي ويصح التوكيل بالخصومة في كل حق لان كل احد
لا يهتدي الى وجوه الخصومات فيحتاج الى التوكيل
بالضرورة بشرط رضى الخصم فلو رضي قبل سماع الحاكم
الدعوى ثم رجع جاز رجوعه وان بعده لا وفي العناية
اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضى
الخصم قال الامام لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى
الخصم سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه وقالا
يجوز بغير رضى الخصم وهو قول الشافعي لكن في الهداية
والظهيرية وغيرهما لا خلاف في الجواز بل انما الخلاف
في اللزوم وهو الصحيح وعن هذا قال الزيلعي فعنه

الامام لا يلزم التوكيل بلا رضى الخصم فترتد الوكالة بردّه
الخصم الا ان يكون الموكل مريضا لا يمكنه مع وجود المرض
حضور مجلس الحاكم وكذا لا يحضر مجلس الدعوى او غائبا مسافة
سفر اي مدة ثلاثة ايام فصاعدا او مريدا للسفر يعني
اذا قال اني اريد السفر يلزم منه التوكيل بلا رضى
الخصم طالبا كان الموكل او مطلوبا فلا يرتد برد الخصم
لانه لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه لكن
لا يصدق بمجرد قوله بل ينظر القاضي في حاله وفي عدة سفره
او يسأل عن رفقائه او يكون الموكل امراة مخدرة غير
معتادة الخروج الى مجلس الحاكم سواء كانت بكرا او ثيبا
وعليه الفتوى كما في الحقائق لانها لو حضرت لا يمكنها
ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها ولو اختلفا في كونها
مخدرة ان كانت المراة من بنات الاشراف فالقول لها
بكرا كانت او ثيبا لانه الظاهر منها وان كانت من
الاوساط فالقول لها لو كانت بكرا وان كانت من الاسافل
فلا سواء كانت بكرا او ثيبا لان الظاهر يشاهد لها كما في
المنح ومن الاعذار الحيض اذا كان الحكم في المسجد والحبس
الا اذا كان من غير القاضي ترعفو البينة كما في التبيين
وفي المنح وهو مقيد بما اذا كان الطالب لا يرضى بالتأخير
واما اذا رضي به فلا يكون عذرا واما حبس الطالب فهو
عذر مطلقا والنفاس كالحيض انتهى وفيه كلام فانه
يجوز للقاضي ان يخرج للمسجد ويسمع الخصومة او يرسل
نائبا ليسمع الخصومة كما قررناه في كتاب القضاء فلا وجه
لعده من الاعذار فيلزم منه ايضا ان يعد الجنابة والكفر
من الاعذار مع انهم لم يذكروهما فليتأمل وعندهما وهو قول

الايمة

كراس 19

181

الايمة الثلاثة لا يشترط رضى الخصم فيلزم بلا رضاه مطلقا
لان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا
غيره كالتوكيل بقضاء الديون وله ان التوكيل قد يكون اشد
خصومة والانكار فيتضرر به خصمه فلا يجوز بغير رضاه
كالحوالة بالدين بخلاف الوكيل بالقبض فانه لا يختلف والمختار
للفتوى ان القاضي ان علم من الوكيل قصد الاضرار بخصمه
يعمل بقول الامام وان علم من خصم الموكل التعنت في الاباء
من قبول التوكيل يعمل بقول صاحبيه وهو اختيار
شمس الايمة السرخسي كما في الدرر فحقوق عقد يضيفه
الوكيل الى نفسه كبيع فانه يقول بعت هذا الشيء منك
ولا يقول بعته منك عن قبل فلان وكذا غيره واجارة
واستيجار وصلح عن اقرار او دون انكار كما سيأتي تتعلق
به اي بالوكيل دون الموكل بلا فرق بين كون موكله طفلا
او غائبا لانه اصل في العقد لانه يقوم بكلامه ونائب عن
الموكل في حق الحكم فراعينا جهة اصالته في تعلق الحقوق
حتى لو شرط عدم حقوق العقد بالوكيل فهو لغو خلافا
للشافعي فانه قال تتعلق بالموكل وكذا توابعه واعتبره
بالرسول والوكيل بالنكاح ان لم يكن الوكيل صبيا او عبدا
محجورا لا بشاية الى ان العبد المأذون والصبي المأذون
تتعلق بهما الحقوق فتلزمهما العهدة مطلقا وليس كذلك
بل فيه تفصيل كما في شرح المجمع نقلا عن الذخيرة المأذون
لو ان كان وكيلا بالبيع تلزمه الحقوق سواء باعه حالا او
موجلا وان كان وكيلا بالشراء فان كان بثمن حال لزمته
ايضا لانه يملك كما شراه فيحبسه بالثمن ليستوفيه
من الموكل وان كان بثمن موجل لا تلزمه الحقوق لانه

لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل ح

19

لم يملك ما اشتراه لا حقيقة ولا حكما ولو لزمته العهدة لكان
ملتزما ما لا في ذمته مستوجبا مثله على موكله وهو في
الكفالة فانه لا يصح منه انتهى واشار الى تفصيل الحقوق
فقال فيسلم الوكيل المبيع الى المشتري في الوكالة بالبيع
ويتسلمه اي يقبض المبيع عن البائع في الوكالة بالشرا
ويقبض الثمن اي ثمن مبيعه في البيع ويطالب بفتح اللام
به اي بالثمن في الوكالة بالشرا فلا يجبر ويرجع على
صيغة المبني للمفعول به اي بالثمن عند الاستحقاق
اي استحقاق ما باع ويخاصم على صيغة المبني للفاعل
في عيب مشتريه ويرده اي بايعه به اي بالعيب فان
ذلك كله من حقوق العقد فيتعلق بالوكيل ان لم يسلمه
الى موكله وبعد تسليمه لا يرده الا باذنه اي باذن الموكل
ويخاصم على صيغة المبني للمفعول في عيب مبيعه
ويخاصم في شفعته اي في شفعة ما باع ان كان المبيع
في يده بخلاف ما اذا سلم المبيع الى المشتري فان
الوكيل لا يخاصم في الشفعة وكذا شفعة مشتريه
يعني يخاصم الوكيل في شفعة ما اشتري بالوكالة
ما دام في يده والملك يثبت للموكل ابتدا اذا اشتري
الوكيل لان الموكل يخلف عن الوكيل في حق الملك كما ان
الرق يتهب ويصطاد اذ المولى يخلف عن العبد في ثبوت الملك
اليه ابتدا وهو الصحيح كما في الهداية وقيل يثبت
الملك للوكيل ثم ينتقل الى الموكل بلا مهلة ثم فرعه بقوله
فلا يعتق قريب وكيل شراه ولا يفسد نكاح منكوحة
شراها لان الملك يلزم الموكل على القولين لا يملك
الوكيل قريبه ومنكوحته لعدم تقرر ملكه لان

العتق

العتق وفساد النكاح مقتضيات تقرر الملك كما في اكثر
المعتبرات لكن لم يظهر في هذا التفريع اثر الخلاف لان
القريب لا يعتق بالاتفاق فالاولى ان تفرع عليه ما ظهر فيه
اثر الخلاف تدبر وحقوق عقد يضيفه الوكيل الى موكله
مراده انه لا يستغني عن الاضافة الى موكله حتى لو
اضاف الى نفسه لا يصح والمراد من قرينه السابق انه يصح
اضافته الى نفسه ويستغني عن اضافته الى الموكل لا
انه شرط ولهذا لو اضاف الوكيل بالشرا الشرا الى موكله
صح بالاجماع فلفظ الاضافة واحد والمراد مختلف كما في
الاصلاح تتعلق بالموكل كنكاح وخلع لان الوكيل فيهما
سفير اي محال حكاية غيره فلا يلزم عليه شي حتى لو
اضاف النكاح الى نفسه فان قال تزوجتها يقع للوكيل
وصلح عن انكار لانه فدا يمين للموكل فلا بد من الاضافة
اليه كما في الاصلاح هذا الصلح لا يصح اضافته الى الوكيل
بل لا بد من اضافته الى الموكل بخلاف الصلح عن اقرار
فانه يصح اضافته الى كل منهما وقد عرفت اختلاف المراد
من الاضافة في الموضعين فافترق الصلحان في
الاضافة انتهى وفيه ان هذا فتوى لصدر الشريعة واما
الصلح فلا فرق فيه بين ان يكون عن اقرار او انكار في
الاضافة محل نظر كما في حاشيته ليعقوب باشا والدرر
تتبع او صلح عن دم عمد لانه اسقاط محض والوكيل
اجنبي سفير وكتابة وعتق على مال وهبة وصدقة
واعارة وايداع ورهن واقراض ولم يذكر الاستقراض
لما مر انه لا يصح التوكيل به وعليه الفتوى وشركة
ومضاربة فان الوكيل يضيف هذه العقود الى موكله

فيعرف اهل المعاملة فتتعلق حقوق العقود فيها اي الى الموكل
دون الوكيل ثم فرع على هذا الاصل بقوله فلا يطالب
بفتح اللام وكيل الزوج بالمهر من قبل الزوجة ولا
يطالب من قبل الزوج وكيل المرأة بتسليمها اي تسليم
المرأة الى الزوج اذ يلزم سقوط مالكيتها بقصد
النكاح والساقط يتلاشى مع انها خلقت محلا
للنكاح فلا تخلو عن المالكية لنفسها ولا يطالب وكيل
الخلع ببدل الخلع لما مر انه سفير فيه وللمشتري منع
الثمن عن الموكل اذا وكل رجلا ببيع شيء فباعه ثم ان
الموكل طلب من المشتري الثمن له منعه لان الموكل
اجنبي عن العقد فالوكيل اصل في الحقوق ولذا له
ان يوكل الاخر بهذه الحقوق وان لم يكن له حق التوكيل
والمراد من الموكل موكل وكيل ببيع ليس عبدا ولا صبيا
محجورين لما مر وفي البحر ولو كان الموكل دفع الثمن الى
الوكيل فاستهلكه وهو معسر كان للبائع حبس المبيع
ولا مطالبة له فان لم ينقد الموكل الثمن الى البائع باعه
القاضي الجارية بالثمن الا ان رضيا والا فلا فان دفعه
اي ان دفع المشتري الثمن اليه اي الى الموكل صح دفعه
ولو مع نهي الوكيل لانه ملكه لا في الصرف الا اذا كان
الموكل حاضرا عند عقد الصرف فالعقد ينصرف اليه بحضوره
ولا يطالبه الوكيل ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حق
الموكل وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع
اليه وانما ذكر قوله اي المشتري هاهنا في هذا المحل مع ان
المناسب ان يذكر من تفريعات القسم الاول توطئة
لما بعده وان كان للمشتري على الموكل دين وقعت المقاصة

اي بثمن

١٨٣

اي بثمن المبيع الذي باعه الوكيل للموكل بمجرد العقد لوصول
الحق اليه بطريق التقاص وهذه حيلة للوصول الى دين
لا يوصل اليه وكذا تقع المقاصة به ان كان له اي للمشتري
على الوكيل دين عند الطرفين لكونه يملك الابراء عنه
عندهما خلافا لابي يوسف لان عنده لا يجوز الابراء
ولا تقع المقاصة ولكن يضمنه الوكيل للموكل في فصل
المقاصة عندهما كما يضمنه في فصل الابراء وان كان دينه
اي دين المشتري عليهما اي على الموكل والوكيل فالمقاصة
بدين الموكل دون الوكيل لان المبيع ملك الموكل لا غير

باب الوكالة بالبيع والشراء

اوردهما بباب على حدة لكثرة الاحتياج اليهما وقدم البيع في
الترجمة وقدم الشراء في البيان لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع
ينبئ عن ازالته ولا ازالة بعد الاثبات لا يصح التوكيل
بشراء شيء يشمل اجناسا كالرقيق والثوب والدابة
للجهالة الفاحشة فان الدابة اسم لما يدب على وجه
الارض لغة وعرفا للخيل والبغل والحمار فقد جمع
اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من
الاطلس الى الكساء ولذا لا تصح تسميته مهرا وكذا
الرقيق لانه شامل للذكر والانثى المختلفين في بني
ادم فاذا اشترى الوكيل وقع الشراء له كما في النهاية
او بشراء شيء يشمل ما هو كالاجناس كالدار وان وصفه
ببيت الثمن لانه يتعدد الاشياء لا من المؤكل لان بذلك
الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الامر لتفاحش
الجهالة والمراد هنا بالجنس ما يشمل اصنافا وبالنوع الصنف
لا ما اصطلح عليه اهل المنطق فان سمى نوع الثوب كالهروي

مثلا جاز وكذا ان سمى نوع الدابة كالفرس والبغل جاز
ستوا سمى ثمنا اولا بالاجماع او بين ثمن الدار والمحلة يعني
ان وكل بشراء دار وبين ثمنا ومحلها جاز واختلفوا في هذا
المحل وقد جعل صاحب الكنز الدار كالعبد موافقا لقاضي
خان لكن شرط مع بيان الثمن بيان المحلة وجعلها
صاحب الهداية كالثوب فقال وكذا الدار يشمل ما
هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا
باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان
فتعذر الامتثال وان سمى ثمن الدار ووصف
جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه انتهى وفي
الاصطلاح الدار مختلفة بالجنس من وجه لانها
مختلفة لقلة المرافق وكثرتها فان بين الثمن لحقت
بجهالة النوع وان لم يبين لحقت بجهالة الجنس والمتاخرون
قالوا في ديارنا لا يجوز بدون بيان المحلة لانها تختلف
باختلافها قال في البحر وفي المعراج ان ما في الهداية
مخالف لرواية المبسوط قال والمتاخرون من مشايخنا
قالوا في ديارنا لا يجوز الا ببيان المحال انتهى وبه يحصل
التوفيق فيحمل ما في الهداية على ما اذا كانت تختلف
في تلك الديار اختلافا فاحشا وكلام غيره على ما اذا
كانت لا تتفاحش انتهى والمراد وقول المتاخرين
في الدار ولهذا عطف بالواو فقال او بين ثمن الدار
والمحلة والحاصل ان جهالة الدار جهالة الجنس عند
المتاخرين وجهالة النوع عند المتقدمين فيحمل عبارة
كل من الكنز والهداية على كل من المذهبين تنتج
او بين جنس الرقيق كالعبد ونوعه كالتركي يعني اذا

وكل

84

وكل بشراء عبد تركي مثلا يصح لان العبد معلوم الجنس من
وجه لكن من حيث منفعته كانه اجناس مختلفة
فان بين نوعه كالتركي يصح التوكيل او بين ثمنا يعين
نوعا اي نوع العبد بالقلة والكثرة يصح لان ذكر الثمن
كذكر النوع في تقليل هذه الجهالة وان لم يبين شيئا
منهما لم يصح التوكيل ويلتحق بجهالة الجنس لامتناع الامتثال
لكن الاحسن ترك الصفة وهو قوله يعين نوعا لان
النوع صار معلوما بمجرد تقدير الثمن كما في الهداية وفيه
اشارة الى انه لو كان معلوم الجنس من وجه كالشاة
والبقر يصح وان لم يذكر الثمن والى ان جهالة وصف غير مانعة
كما في القهستاني واطلاقه شامل لما اذا كان ذلك الثمن نوعا
او لا وبه اندفع ما في الجوهرة حيث قال لهذا اذا لم يوجد
بهذا الثمن من كل النوع اما اذا وجد فلا يجوز عند بعض
المشايخ كما في المنح او عمم فقال ابتع لي اي اشتر لي ما رايت
(من الرأي لا من الرؤية)
وفي الزاهدي وفي عطف قوله او عمم صعوبة لانه لا يناسب
كونه معطوفا على قوله او بين جنس الرقيق ولا كونه معطوفا
على قوله فان سمى نوع الثوب جاز وفصله ثم قال لو بينه
بطريق الاستثناء بان يقول الا ان يعم لكان اسلم واظهر ويدل
على ما ذكرناه قول صاحب الهداية ومن وكل رجلا بشراء شيء
فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه
ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار الا ان يوكله وكالة
عامة فيقول ابتع لي ما رايت لانه فوض الامر الى رايه فاي شيء
يشتريه يكون ممتثلا انتهى لكن يمكن ان يكون معطوفا على
ما يفهم من السابق وهو قوله فان سمى الخ فهذا اي تخصص
جاز عند البيان او عمم جاز وان لم يبين او ان يكون او بمعنى

الاكثر ولهم لا لزمنك او تعطيني اي الا ان تعطيني حقي ولو وكل بشرا
الطعام فهو يقع على البر ودقيقه يعني اذا امر دراهم وقال
اشتر بها طعاما يشتري البر ودقيقه والقياس ان يشتري
كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام
اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان الطعام اذا قرن بالبيع والشرا
يحمل على ما ذكر عرفا ولا عرف للاكل فيبقى على الوضع وفي
العناية هذا في عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة
والدقيق عندهم يسمى سوق الطعام اما في عرف غيرهم
فينصرف الى كل مطعوم وبه قالت الايمة الثلاثة وقال
بعض المشايخ الطعام في عرفنا ينصرف الى ما يمكن اكله يعني
المعتاد للاكل كاللحم المطبوخ والمشوي اي ما يمكن اكله من غير
ادام دون الحنطة والخبز وقال الصدر الشهيد وعليه
الفتوى كما في الذخيرة وانما قلنا دفع الى آخره لانه لو امر
بلا دفع له لا يصح التوكيل كما في القهستاني واطلاقه يشمل
ما اذا كثرت الدراهم او قلت وقيل يقع على البر في كثير الدراهم
ويقع على الخبز في قليلها ويقع على الدقيق في وسطها
فالقليل مثل درهم الى ثلاثة والمتوسط مثل اربعة
الى عشرة او ستينة فالستينة على هذا المركب من الكثير كما في
القهستاني وفي متخذ الوليمة اي طعام العرس والمتخذ
بالفتح اسم زمان حتى يقع على الخبز بكل حال سوا كثرت
الدراهم او توسطت او قلت لان مراد الامر في مثله العرف
وصح التوكيل بشرا عين اي شي معين بدين له اي للموكل
على الوكيل يعني لو قال رب الدين للمديون اشتر لي
هذا العبد مثلا بالعين الذي لي عليك فاشتراه يكون ملكا
للامر حتى لو هلك في يد الوكيل يهلك على مال الامر لا على
الوكيل

الوكيل لان في تعيين المبيع تعيين البائع توكيله بقبض
دينه من المديون اولا لاجله ثم بقبضه لنفسه فلا يوجد
تمليك الدين من غير من عليه الدين وكذا لو امر بشخص
لنفسه للذي عليه مديونه بالتصدق بما عليه صح كما لو امر
الاجر المستاجر بمرمة ما استاجره مما عليه من الاجرة وبغير
عين العبد اي لو قال رب الدين للمديون اشتر لي بالالف
عليك عبدا غير معين فالتوكيل باطل حتى لو اشترى
فهلك في يد الوكيل هلك عليه اي على الوكيل لان الشرا نفذ
عليه لا على الموكل وان قبضه الموكل فقوله اي للموكل هذا
عند الامام وقالا هو لازم للموكل ايضا اي كما هو لازم له
في المعين سوا قبضه الموكل او لا فهلاكه اي المبيع عليه اي
على الموكل اذا قبضه الوكيل لان الدراهم والدنانير لا يتعينا
في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا
عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار
الاطلاق والتقييد فيه سوا فيصح التوكيل ويلزم
الامر لان يد الوكيل كيده وله انها تتعين في الوكالات
الا ترى انه لو قيد الوكالة بقبض العين منها او الدين منها
ثم استهلك العين او اسقط الدين عن المديون بالابراء
مثلا تبطل الوكالة لانعدام المحل لتصرف الوكيل فلم يلزم
عليه اعطا مثل الدين لان الاستهلاك والاسقاط في حكم
الانعدام الا استيفا وهذا المعنى في الاستهلاك ظاهر
ولهذا اقتيد صاحب الهداية بالاستهلاك وما في تعليل
صاحب النهاية بان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك
دون الهلاك مخالف لما في شروح الجامع الصغير في هذا
المواضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل

بالشرا بطلت الوكالة وتمامه في العناية فليطالع واذا تعينت
كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان
يوكل بقبضه وذلك لا يجوز لانه تمليك الوصف وهو الوجوب
في الذمة والوصف عرض لا يقبل التمليك وعلى هذا الخلاف
اذا امره اي الموكل الوكيل ان يسلم ما عليه او يصرفه يعني
لو قال اسلم ما لي عليك الي فلان في كذا صح اتفاقا ولو قال
اي من شئت فعلي الخلاف وكذا اذا امره ان يصرف ما عليه
والحاصل انه ان عين المسلم اليه ومن يعقد عقد الصرف
صح بالاتفاق وفي العناية وانما خصهما بالذكر لدفع ما
عسى يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض
في المجلس انتهي لكن فيه تامل ولو وكل عبد ليشتري نفسه
اي نفس العبد المامور له اي للموكل من سيده بان قال فلان
لعبد اشتر لي نفسك من سيدك بالف مثلا فان قال
العبد الماموز لسيده بعني لفلان بالف فباع السيد فهو
اي العبد له اي للموكل لان العبد يصلح لان يشتري نفسه
لنفسه يصلح وكيلا عن غيره في شرا نفسه لكونه اجنبيا
عن نفسه في حكم المالية فاذا اضاف العقد الي الامر صح
شراؤه للامتثال فيقع للامر وان لم يقل العبد لفلان
عتق العبد لان المطلق يحتمل الوجهين احدهما هو الامتثال
للامر والاخر هو التصرف لنفسه فلا يقع امتثالا بالشك
فبقي التصرف واقعا لنفسه ثم اذا كان الشرا للامر فلا بد
من قبول العبد بعد قول المولي بعت وان وقع للعبد
يكتفي بقول المولي بعت بعد قوله بعني نفسي لان الواحد
يتولي طرفي العقد في العتق لا في البيع والثمن على العبد
فيهما لا علي الامر وان وكل العبد غيره ليشتري من سيده

فان

يرجع على الآمر
الثمن في الصورة الاولى

فان قال الوكيل للسيد اشتريته اي ذلك العبد لنفسه فباع
السيد على هذا الحكم عتق العبد على السيد وولاؤه اي
ولا العبد له اي للسيد لان بيع نفس العبد منه اعتاق
وشرا العبد نفسه قبوله الاعتاق ببدل والمامور سفير
عنه اذ لا ترجع اليه الحقوق فصار كانه اشتري بنفسه
والولا للمولي وان لم يقل لنفسه عند اشترائه فهو اي العبد
للوكيل لكون قوله مطلقا فيقع التصرف لنفسه وعليه
اي على المشتري ثمنه اي ثمن العبد لكونه عاقدا وما اعطاه
العبد للوكيل لاجل الثمن للمولي لانه كسب عبده وان قال
الوكيل لمن وكله بشرا عبد اشتريت لك عبدا فمات اي
العبد عندي وقال الموكل لا بل اشتريته لنفسك فالقول
للموكل ان لم يكن اي ان لم يوجد دفع الثمن الي الوكيل لانه
يدعي الثمن على الموكل وهو ينكره فالقول للمنكر والا
اي وان وجد دفع الثمن فللوكيل اي فالقول للوكيل لانه
امين فالقول للامين مع اليمين وقد اجمل المص في هذه
المسالة فلا بد من التفصيل قال صاحب البحر فعلم ان
العبد ان كان معينا وهو حي فالقول للمامور بانه اشتراه
لموكله لا لنفسه اجماعا سوا كان الثمن منقودا او لا لانه
اخبر عن امر يملك استينافه وللخبريه في التحقق والثبوت
يستغني عن الاشهاد فيصدق وان كان ميتا والحال ان
الثمن منقود فكذلك الحكم لان الثمن كان امانة في يده وقد
ادعي الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي امر به فله
القول له وان لم يكن الثمن منقودا فالقول للموكل لانه
اخبر عما لا يملك استينافه لان الميت ليس محلا لانشا العقد
به وغرضه الرجوع بالثمن والامر منكر فالقول له وان كان

غير معين وهو حي فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر
بل اشتريته لنفسك فالقول للمأمور ان كان الثمن منقودا
لانه يخبر عما يملك استينافه وان لم يكن الثمن منقودا
فالقول للآمر عند الامام وعندهما القول للمأمور لانه اخبر
عما يملك استينافه فصح كما في العيني وله انه موضع تهمة
بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها
الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيقبل
قوله كما في المنح وغيره فعلى هذا عبارة المص قاصرة فالاولى
ان يفصل تدبر وللوكيل بالشراء طلب الثمن من الموكل اذا
اشترى وقبض المبيع وان وصلية لم يدفعه اي الثمن الى
البايع اذ جرى بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية ولهذا
لو اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل على الوكيل بالعيب
فيصير الوكيل بايعا من موكله حكما فيطلب الثمن من موكله
سواء دفعه الى بايعه او لا وحبس المشترى لاجله اي للوكيل
بالشراء حبس ما اشتراه من موكله لان يقبض ثمن المبيع وان
لم يدفع الثمن الى بايعه لما عرفت ان المبادلة الحكمية تجري
بينهما وقال زفر ليس له الحبس لان الموكل صار قابضا بيده
فحق الحبس يسقط وفي التنوير ولو اشتراه الوكيل بنقد
ثم اجله البايع كان للوكيل المطالبة حالا فان هلك قبل
حبسه هلك على الآمر اي ان هلك المشترى في يد الوكيل
قبل ان يحبسه من موكله هلك على مال الموكل لا الوكيل
ولا يسقط ثمنه اي ثمن المبيع عن الموكل فيرجع الوكيل عليه
لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا وان هلك
المشترى في يد الوكيل بعد حبسه اي حبس الوكيل اياه سقط
الثمن عند الطرفين لانه بمنزلة البايع منه وكان حبسه

لاستيفاء

لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه وعند ابي يوسف هو كالرهن
لانه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن
بعينه بخلاف المبيع لان المبيع ينفسخ بهلاكه وهنا لا ينفسخ
اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده
الموكل بعيب ورضي الوكيل به والحاصل ان عندهما يسقط
الثمن بهلاكه وعند ابي يوسف يهلك بالاقل من قيمته ومن
الثمن حتى لو كان الثمن اكثر من قيمته رجع الوكيل بذلك
الفضل على الموكل وعند زفر يضمن قيمته وليس للوكيل بشراء
معين شراؤه لنفسه ولا لموكل آخر لانه يؤدي الى تغرير
الآمر من حيث انه اعتمد ولان فيه عزل لنفسه ولا يملكه
الا بمحضر من الموكل كما في الهداية والتعليل الاول يفيد عدم
الجواز بمعنى عدم الحل كما في البحر وشرح الزيلعي بانه
لا يتصور شراؤه لنفسه وهو مناسب للتعليل الثاني
ولو اشتراه لنفسه عند غيبة الموكل ناويا او متلفظا
وقع للموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فانه وقع للوكيل
فعلى هذا قال فان شراه بخلاف جنس ما سمى من الموكل له من
الثمن او بغير النقود بان شراه بالعروض او بالحيوان وقع
الشراء له اي للوكيل لانه خالف امره فينفذ عليه وظاهر قوله
بخلاف الجنس يقتضي ان لا يكون مخالفا اذا سمى له ثمنا
فزاد عليه او نقص عنه لكن ظاهر ما في الكافي انه حكم
ان يكون مخالفا فيما اذا زاد لا فيما اذا نقص عنه لانه قال
وان سمى ثمنا فزاد عليه شيئا لم يلزم الآمر وكذا ان نقص
من ذلك الثمن الا ان يكون وصف له بصفة وسمى له ثمنا فاشترى
بتلك الصفة باقل من ذلك الثمن فيجوز وكذا لو امر الشريك
للوكيل ان امر الوكيل غيره فشراه الغير بما للوكيل الثاني

عين ذلك المحتمل لصاحبه ولان يتصادقهما يحتمل النسبة الامر
وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب
والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه انتهى وتعتبر
في السلم والصرف مفارقة الوكيل لا الموكل فيبطل عقدهما
بمفارقة الوكيل صاحبه قبل القبض لوجود الافتراق من
غير قبض ولا يبطل بمفارقة الموكل اذ القبض للعاقد
وهو ليس بعاقد وما قيل من انه اذا حضر الموكل مجلس
العقد لا تعتبر مفارقة الوكيل منتفية لكون الوكيل مثلا في
الحقوق في البيع مطلقا كما في البحر قيد بالوكيل لان
الرسول فيهما لا تعتبر مفارقته لان الرسالة في العقد
لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض
الرسول قبض غير العاقد فلم يصح ولو قال الوكيل بالشرا
بعني هذا لزيد اي لاجله فباع ثم انكر المشتري كون زيد
امره بعد اقراره بقوله لزيد فلزيد بعد اخذه اي اخذ المبيع
جبرا ان لم تصدق انكاره اي المشتري لان قول الوكيل بعني
هذا لزيد اقرار منه بالوكالة فلا يلتفت الى انكاره
للتناقض فان صدقه اي زيد انكاره بان قال لم امره
بالشرا لا ياخذه زيد جبرا لان اقرار المشتري ارتد برده
فان سلمه المشتري اليه اي الى زيد صح لان البيع يوجد
بينهما حكما لان الوكيل ولو فضوليا كالبايع والموكل
كالمشتري فصار بيعا بالتعاطي ومن وكل بشرا رطل لحم
بدرهم فشرى رطلين بدرهم مما اي من اللحم الذي يباع
رطل بدرهم لزم في هذا البيع موكله من اللحم رطل بنصف
درهم عند الامام قيد بما يباع رطل بدرهم لانه لو اشترى
مما لا يباع رطل بدرهم بل اقل يكون الشرا واقعا للوكيل

الثاني بغيبته اي بغيبة الوكيل الاول لمخالفته امره لان الامر لانه
ما مور بان يحضره رأيه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته وان شراه
اي الوكيل الثاني بحضرته اي بحضرة الوكيل الاول فللموكل
اي يقع شراؤه للموكل لانه حضره رأيه حينئذ فلا يكون
مخالفا بخلاف الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره فطلق
الثاني او اعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ وان حضر رأيه
وفي غير المعين هو اي الشرا للوكيل يعني لو اشترى الوكيل
بشرا غير معين شيئا [illegible] الشرا للوكيل اذا لاصل ان يعمل
لنفسه الا ان اضاف العقد الى مال الموكل بان قال اشتريت
هذا الالف فهو ما لا الامر او اطلق العقد بان قال اشتريت
فقط ونوى الشرا له اي للموكل فيكون للموكل في الصورتين وفي
الهداية هذه المسألة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم
الامر كان للامر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال
الموكل دون النقد من ماله لان فيه اي في النقد تفصيلا
وخلافا وهذا بالاجماع وهو اي الجواب مطلق لا تفصيل فيه
وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحال الوكيل
على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشرا لنفسه باضافة
العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى
دراهم مطلقة فان نواها للامر فهو للامر وان نواها لنفسه
لنفسه فلنفسه ويعين للامر في هذا الوكيل وان تكاذبا
في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا
وان توافقا على انه لم يحضره النية قال محمد هو للعاقد
لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا اثبت جعله لغيره
ولم يثبت وعند ابي يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا
يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا الى ان ينقد فنقد

بالاجماع وعندهما وهو قول الائمة الثلاثة يلزمه اي
الموكل الرطلان بالدرهم لانه امره بصرف الدرهم في اللحم
وفعل المأمور وزاده خيرا فصار كما اذا وكله ببيع عبده
بالف فباعه بالفين وله انه مامور بشراء رطل مقدر —
وليس بمامور بشراء الزيادة فينفذ شراء رطل عليه وشراء
رطل على الموكل بخلاف ما استشهدا به لان الزيادة هناك
بدل ملك الموكل فتكون له قيل ان محمدا هنا مع الامام
في قول قيد بالموزونات لان في القيميات لا ينفذ شي
على الموكل اجماعا كما في البحر وفي البزازية امره بان يشتري
بعشرة دنانير فاشتراه بمائة درهم وقيمة الدراهم مثل
الدنانير لزم الموكل خلافا لزفر ولو بعرض قيمته مثل
الدراهم لا يلزم الامر اجماعا ولو وكل بشراء عبدين بعينهما
بلا ذكر ثمنهما فشري المامور للامر احدهما اي احد العبدين
بقيمته او بنقصان يتغابن جاز عن الامر بالاجماع لان التوكيل
مطلق فيجري على اطلاقه وقد لا يتفق بينهما في الشراء
الا فيما لا يتغابن الناس فيه وهو الغبن الفاحش
لان التوكيل بالشراء المتعارف والمتعارف فيما يتغابن
فيه الناس ولهذا قلنا بقيمته او بنقصان وكذا ان
وكل بشرائهما اي بشراء عبدين بعينهما بالالف وقيمتهما
سواء فشري المامور احدهما اي احد العبدين بنصفه
اي بنصف الالف او اقل من نصف الالف جاز لانه قابل
الالف بهما وقيمتهما سوا فينقسم بينهما نصفين دلالة
فكان امرا بشرا كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة
وباقل منها مخالفة الى خير فوقع عن الامر وان شري
باكثر من نصف الالف لا يجوز اي لا يقع عن الامر بل عن —

المامور

المامور لانه مخالفة الى شر قلت الزيادة او كثرت وهذا عند
الامام وقالا لا يجوز الشراء بالاكثر ايضا كما يجوز بنصفه او اقل
ان كان شراؤه بما يتغابن الناس فيه وقد بقي ما يشتري
بمثله الاخر لان التوكيل مطلق فيعمل على المتعارف كما
بيناه ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري
بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الامر فان شري الوكيل
العبد الاخر بما بقي من الثمن قبل وقوع الخصومة بينهما
جاز اتفاقا لحصول المقصود وهو شراء العبدين بالالف
فان قال الوكيل بشراء عبد معين بغير عينه اي غير معين
بالف درهم شريته اي العبد بالالف وقال الموكل بل
شريته بنصفه اي بنصف الالف وهو خصمان فيه وليس
لهما برهان فان كان قد دفع الموكل اليه اي الوكيل
الالف صدق الوكيل ان ساوي قيمة العبد الالف لانه
امين وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والموكل
يدعي ضمان نصف ما دفع اليه وهو منكر وان لم يساو
قيمة العبد الالف بل يساوي نصفه صدق الموكل بلا
حلف لانه امره بشراء عبد بالف والمامور اشتري بغبن
فاحش والامر يتناول ما يساوي به فيضمن المامور
ضمانه وان لم يكن دفعها اي دفع الموكل الالف الى
الوكيل وباقي المسألة بحالها فان ساوي قيمة العبد
العبد نصفها اي نصف الالف صدق الموكل بلا يمين
لان المامور خالف الامر وان ساواها اي ان ساوي قيمة
الالف تحالفا لان الموكل هنا كالبائع والوكيل كالمشتري
وقد وقع الاختلاف في الثمن فيجب التحالف وينفسخ
العقد والعبد للمامور في الصورتين وكذا اي في معين

لم يسم له ثمنا فشراه واختلفا في ثمنه يعني اذا قال له اشتر
هذا العبد لي ولم يسم ثمنا فاشتراه المامور ثم اختلفا في
ثمنه فقال المامور اشتريته بالف وقال الآمر بل بخمسمائة
وليس لهما برهان يلزم التحالف كما في المسألة الاولى فان
نكلا فللوكيل وان نكل احدهما فلمن نكل ولا عبرة لتصديق
البايع المامور في الاظهر لان البايع ان استوفى الثمن
فهو اجنبي عنهما وان لم يستوف فهو اجنبي عن الآمر فلا
مدخل له وهذا قول الامام ابي منصور في الهداية وهو
الظهير في الكافي وهو الصحيح وقيل لا تحالف هنا بتصديق لارتفاع الخلاف
البايع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد
وفي المسألة الاولى هو غايب فاعتبر الاختلاف فذهب الى هذا
مال الفقيه ابو الليث وقال قاضيخان وهو الاصح وفي
التنوير ولو اختلفا في مقدار الثمن الذي عينه له فقال
الآمر امرتك بشرائه بمائة وقال المامور بالف فالقول
للآمر مع يمينه والعبد للمامور فان برهنا قدم برهان
المامور ولو امره بشراء عبد فاشترى الوكيل فقال الآمر اشتريت
هذا باجنبي فالقول للآمر مع يمينه ويكون الوكيل مشتريا
لنفسه وعتق العبد على الوكيل لزعمه انه اخطأ الموكل
فعتق على موكله وفيه اخذ بذلك كما في البحر

فصل

في بيان احكام من يجوز للوكيل ان يعقد معه ومن لا يجوز
لا يصح عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من ترد شهادته له
كاصله وفرعه وزوجه وزوجته وسيده وعبده ومكاتبه
وشريكه فيما يشترى كان عند الامام وقالا لا يجوز العقد
بمثل القيمة الا في العبد والمكاتب لان التوكيل مطلق
ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف
العبد

العبد الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد
العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب
حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناه عن
الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة
لان كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة فصار بيعا من
نفسه من وجه ودخل في البيع الاجارة والصرف والسلم
فهو على هذا الخلاف الا اذا اطلق الموكل بان قال له بع
ممن شئت فيجوز بيعه من هؤلاء المذكورين بمثل القيمة
كما يجوز عقده معهم باكثر من القيمة بلا خلاف كما في
البحر وفي النهاية وان كان باقل منها بغبن فاحش لا يجوز
بالاجماع وان كان البيع بغبن يسير لا يجوز عند
الامام ويجوز عندهما وان كان بمثل القيمة ففي الامام
روايتان والوكيل بالبيع يجوز بيعه من غير هؤلاء
بما قل من الثمن ولو غبنا فاحشا لان البيع بالغبن
الفاحش معتاد عند الاحتياج الى النقد والكثير
عن القيمة او كثر وانما ذكره ليتناول كلا بحديه فان القلة
امر اضافي فلم يكن ذكره استطرادا كما قيل وكذا يجوز
بيعه بالعرض سوا اقل او اكثر من القيمة عند الامام لانه
بيع مطلق وقد وجد به خاليا عن التهمة فيجوز وقالا لا
لا يجوز بيعه الا بمثل القيمة وبالنقود انهم لا يجوز بيعه
من غير هؤلاء بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز
الا بالدراهم والدنانير لا بالعرض عندهما لان مطلق
الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجة
فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل
وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشرا الفحم والجمد

والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع
من وجه هبة من وجه وكذا الوصي ومن المريض يعتبر
من الثلث وكذلك المقايضة فلا تتناوله اسم البيع قال
ابو المكارم وبيع المضارب والمفاوض وشريك العنان
بغبن فاحش على هذا الخلاف واما بيع الوصي كالاب
والجد والوصي لا يبيع الا بالاقل الا بما يتغابن فيه بالاتفاق
كما في العمادية ويجوز بيعه بالنسيئة ان كان ذكر التوكيل
بالبيع للتجارة عند الامام وان كان الاجل غير متعارف
لان الامر به بيع مطلق خاليا عن التهمة فيجوز وعندهما لا
يجوز الا بالاجل المتعارف لان المطلق ينصرف الى
المتعارف وعند الائمة الثلاثة يجوز بثمن المثل ونقد
البلد حالا فان كانت النقود مختلفة يعتبر الاغلب
وانما قيدنا للتجارة لانه لو لم يكن فيها بل كان لحاجة
لا يجوز كالمراة اذا دفعت غزلا الى رجل ليبيعه لها
ويتعين النقد وفي المنح وبه يفتى مذكور في الخلاصة
وكثير من المعتبرات لان للموكل قال بعضها في محتاج
الى ثمنه فهو لو صرح بذلك لم يجز بيعه نسيئة كما في النتف
وينبغي ان يكون الحكم كذلك في كل موضع قامت الدلالة
على الحاجة انتهى وفي البحر لو قال بعه الى اجل فباعه
بالنقد كان السرخسي الاصح انه لا يجوز بالاجماع ويجوز
بيع نصف ما وكل ببيعه كالعبد والفرس عند الامام
لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع والافتراق فيعمل
باطلاقه وعندهما والائمة الثلاثة لا يجوز لما فيه من
ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما
لانه فاع الضرر يحتمل بقبض العقد الاول وهذا ظهرات

الخلاف

كراس ٢٠
١٩١

الخلاف في الذي يتضرر بالتفريق والتقسيم والا يجوز
كالبر والشعير اذ ليس في تجزئته ضرر اصلا كما في شرح
الاصلاح ولذا قلنا كالعبد والفرس ويجوز اخذه اي
اخذ الوكيل بالبيع بالثمن كفيلا او رهنا للاستيثاق
فلا يضمن الوكيل الثمن للموكل والقيمة للراهن ان توي
اي هلك ما على الكفيل من الثمن او ضاع الرهن في يده
اي الوكيل لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها
والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفا
فيملكها بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد
انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل
بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض
الثمن كما في الهداية وفي المنح وهو مخالف لما في الخلاصة
من ان الوكيل بقبض الدين له اخذ الكفيل فيحمل كلام
الهداية على اخذ الكفيل بشرط البراءة فهو حوالة لا يجوز
للوكيل بقبض الدين قبولها كما صرح به في البزازية
والمراد بعدم الضمان عدمه للموكل والا فالدين قد سقط
بهلاك الرهن اذا كان مثل الثمن بخلاف الوكيل بقبض
الدين اذا اخذ رهنا فضاع فانه لا يسقط من دين
الموكل شيء ولا ضمان على الوكيل انتهى فلو وهب الوكيل
الثمن من المشتري او ابراه او حط منه اي بعض الثمن
جاز عند الطرفين ويضمن الثمن للموكل في الحال وعند
ابي يوسف لا يجوز كل من الهبة والابراء والحط اذ لا ملك له
ولا ولاية فيما هو ملك غيره فلم يجز ولهما ان حقوق العقد راجعة
الى العاقد وهذه التصرفات من حقوقه فيملكها ودفع
الضرر حاصل بتضمينه في الحال على وجه الكمال وكذا

الخلاف لو اجله الثمن او قبل به اي بالثمن حوالة قال قاضي
خان ولم يذكر التاجيل في الاصل قيل يجوز التاجيل
في قول ابي يوسف ايضا كما لو باع بثمن موجل وقيل لا
يجوز واختاره المصنف لذا قال وكذا الخلاف لو احتبه
فلو اقاله الوكيل البيع صح عقده الاقالة وسقط الثمن
عن المشتري ولزم الثمن الوكيل عند الطرفين لانه
عاقد فيصح تصرفه فيضمن الثمن للموكل مقيد بالبيع لان
الوكيل بالشرا لا يملك الاقالة اتفاقا هذا اذا لم يقبض
الثمن فلو قبضه ثم اقال لا يصح وكذا اذا كان على الوكيل
دين لرجل فاحاله على المشتري ليأخذ الثمن ثم اقال
لا يصح كما في شرح المجمع وعند ابي يوسف لا يسقط عن
المشتري لانه اضرار للموكل فيبقى الثمن للموكل في ذمة
المشتري المبيع فكان الوكيل مديونا للمشتري مثل
الثمن الاول كما في شرح المجمع والوكيل بالشرا يجوز
شراوه بمثل القيمة وباقل منها وهو ظاهر لا يحتاج الى
البيان ويجوز بزيادة يتغابن بها وهي الزيادة التي
يتغابن بها ما يتقوم به مقوم بان قومه عدل مثلا
بعشرة وعدل اخر بتسعة فاشتراه بعشرة يدخل
تحت تقويم مقوم وقدروه في العروض بزيادة نصف
في العشرة وفي الحيوانات بدرهم وفي العقار بدرهمين
فهو الغبن اليسير فلزم الموكل وعن هذا قال وقدر
في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقار
ده دوازده هذا فيما لم يكن له قيمة معلومة كالعبد
والدواب وغيرهم واما ما له قيمة معلومة كالخبز
واللحم وغيرهما فلا يحتاج الى تقويم مقوم فلا يدخل
ثمنه

الا ان الاقالة لما كانت عقد
بيعا صار الوكيل مشتريا
من المشتري كم

ثمنه حتى اذا زاد الوكيل شيئا قليلا كالفلس لا ينفذ على
الموكل لظهور المخالفة وبه يفتى كما في البحر وغيره فعلى هذا
لو قيد قوله وهو ما يقوم به مقوم بان لم يعرف سعره
لكان اولى تدبر لا بما لا يتغابن فيها اي لا يجوز شرا الوكيل
بالغبن الفاحش لجواز اشترائه لنفسه ثم يجعله ثمنه
محوله على الامر وهذه التهمة لا توجد في الوكيل بالبيع
اطلقه فشمل ما اذا كان وكيلا بشرا شي بعينه فلا يملك
الشرا بغبن فاحش وان كان لا يملك الشرا لنفسه لانه
بالمخالفة يكون مشتريا لنفسه وكانت التهمة باقية
كما في التبيين لكن في الهداية خلافه فانه قال حتى لو
كان وكيلا بشرا شي بعينه قالوا ينفذ على الامر لانه لا يملك
شراه لنفسه وفي العناية ان ما في الهداية قول عامة
المشايخ وبعضهم قال لا ينفذ على الامر تتبع ولو وكل ببيع
عبد فباع نصفه جاز عند الامام لما قررناه انفا وقالا
لا يجوز بيعه مما يتعيب بالشركة كالعبد لا بما لا يتعيب كالبر
فانه يجوز بالاتفاق كما مر الا ان باع الباقي قبل الخصومة
اي قبل الاختصام الى القاضي ونقض القاضي البيع فحينئذ
يجوز لعوده الى الوفاق فهو اي جوازه وان باع الباقي قبل
الخصومة استحسان عندهما وانما ذكر هذه المسالة مع من
ذكرت فيما تقدم بقوله ونبيع نصفه ما وكل ببيعه جاز توطئة
لقول الامام هنا والمسالة التي قبلها وهو التوكيل بشرا
عبد لان المسالة الاولى لم تذكر بالخلاف فيتوهم انها
متفق عليها فذكرها لدفع التوهم لكن الاولى ان يتركها فيما
سبق وذكرها هنا جميعا كما وقع في الهداية تدبر ولو وكل
بشراء عبد فاشترى نصفه لا يلزم الموكل لما فيه من ضرر

الشركة الا ان اشتري باقيه قبل الخصومة اتفاقا لان شرا
البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين
اثنين فينفذ على الموكل بالاتفاق والفرق للامام بين
البيع والشرا ان الامر في البيع صادف ملكه فاعتبر اطلاقه
بخلاف الامر بالشرا وقالا يلزم الوكيل مطلقا اطلقه
فيتناول ما اذا كان العبد معيبا او لا لانه خالفه بشرا النصف
فلا يلزم الموكل الا بعد شرا بقيته اظهر عدم صحة ما
قيل ينبغي ان لا يتوقف شرا النصف اذا كان التوكيل
بشرا شي بعينه تامل ولو رد المبيع اي رده المشتري
على الوكيل بعيب بقضاء
مطلقا سوا كان بسبب البينة من قبل المشتري او بنكول
الوكيل حين توجه عليه اليمين او باقرار الوكيل عند
القاضي فيما اي في عيب لا يحدث مثله لان البينة حجة
مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن
علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر وكذا
باقرار فيما لا يحدث مثله لان القاضي تيقن بحدوث
العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه
الحجج انما شرطها فيما كان تاريخ بيعهما على القاضي
او كان العيب مما لا يعرفه الا النساء والاطباء فان
قولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد
فيفتقر الى احدى هذه الحجج للرد حتى لو علم القاضي
تاريخ البيع والعيب ظاهرا لا يحتاج الى شي منها كما
اذا كان العيب مما لا يحدث اصلا كاصبع زائدة لا حاجة
الى الحجة وانما قال بقضاء لانه ان كان الرد بغير
قضا لم يلزمه الرد على الموكل ولا الخصومة معه كما في
عامة روايات المبسوط وكذا اذا رد الوكيل على الآمر بلا

فيما

فيما اي في عيب يحدث مثله في هذه المدة ان كان قضا القاضي
ببينة او نكول عن يمين لما تقدم اتفاقا وان كان قضا القاضي
باقرار الوكيل فلا يرده على آمره ولزم الوكيل لان الاقرار
حجة قاصرة فيظهر في حق المقر دون غيره والوكيل غير مضطر
اليه لانه يمكنه السكوت والنكول ولكن له ان يخاصم الموكل
ان كان الرد عليه بقضا فيلزمه ببينة او بنكول وان كان
بغير قضا ليس له ان يخاصم الموكل لانه فسخ للبيع بالتراضي
فيكون جديدا في حق غيرهما ولو باع الوكيل نسيئة اي
اجل وقال الموكل امرتك بالنقد وقال الوكيل لا بل اطلقت
اي امرتني بالبيع من غير تقييد بالنقد صدق الموكل
مع اليمين لان الامر مستفاد من الآمر ولا مساعدة بدلالة
اللفظ على ما قاله المامور وفي المضاربة صدق المضارب
لان الاصل في المضاربة العموم والاطلاق فيعتبر قوله
مع اليمين بخلاف ما اذا ادعى رب المضاربة في نوع والمضارب
في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال ولا يصح تصرف احد
الوكيلين وحده فيما وكلا به لعدم رضى الموكل الا برضاهما
معا وفي المنح اطلقه فشمل ما اذا كان احدهما حرا بالغا عاقلا
والآخر عبدا او صبيا محجورا عليه لكنه مقيد بما اذا
وكلهما بكلام واحد اما اذا كان توكيلهما على التعاقب فانه
يجوز لاحدهما الانفراد لانه رضي براي كل واحد منهما على
الانفراد وقت توكيله بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل
منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما ان ينفرد على
الاصح انتهى لكن في الشمني خلاف ما في المنح لانه قال لو
باع احدهما والآخر حاضر يجوز ولو كان الآخر غائبا فاجازه
لم يجز خلافا لابي يوسف ولو كان احدهما صبيا او عبدا

محجورا فلا اخر ان ينفرد بالتصرف ولو مات احدهما او زال
عقله ليس له ذلك تنبيه وفي الخانية رجل قال لرجلين
وكلتكما ان تشتريا جارية لي بالف درهم فاشترى احدهما
ثم اشترى الاخر فان الاخر يكون مشتريا لنفسه ولو اشترى
كل احد منهما جارية ووقع شراؤهما في وقت واحد كانت
الجاريتان للموكل وعليه الفتوى كما في البحر الا في خصومة
فان لاحدهما ان يخاصم وحده لان الاجتماع فيها متعذر
لافضائه الى الشغب في مجلس القضاء خلافا لزفر والشافعي
وظاهره انه اذا خاصم احدهما لم يشترط حضرة الاخر
وهو قول العامة لعدم الفائدة بسماعه وهو ساكت
كما في التبيين وغيره وبه ظهر ان ما ذكره ابن الملك من اشتراط
الحضرة ضعيف كما في البحر لكن لابد من مباشرة راي
الاخر حتى لو باشر احدهما بدون راي الاخر لا يجوز عندنا
كما ذكره العيني فعلى هذا يمكن حمل ما في ابن الملك على الراي
فيكون موافقا لقول العامة وهو اولى من حمله على الضعف
تدبر وكرد وديعة وفي البحر لو قال ورد عين لكان
اولى فانه لا فرق بين رد الوديعة والعارية والمغصوب
والبيع الفاسد كما في الخلاصة لكن يمكن ان يراد بعارية
وغصب داخل في ردود بيعه حكما والبيع الفاسد في
حكم الغصب فاكتفى بذكرها تدبر قيد بالرد احترازا
عن الاسترداد فليس لاحدهما القبض بدون صاحبه
وقضاء دين وطلاق وعتق لا عوض فيهما وكذا التعليق
بمشية الوكيلين وتدبير وتسليم هبة كما في التنوير
لانه مما لا يحتاج الى الراي ويعتبر المثنى فيه كالواحد
هنا اذ الان التوكيل بطلاق واحدة معينة وعتق
معين

الشغب بسكون الغين تهييج الشر والفتنة والخصام

194

تعيين لانه لو وكلهما بطلاق واحدة بغير عينها او عتق عبد
بغير عينه لا ينفرد احدهما كما في السراج لانه مما يحتاج
الى الراي قيد بلا عوض فيهما لانه لو كان الطلاق والعتق
بعوض لم ينفرد احدهما الا اذا اجازه الموكل او الوكيل وفي
البحر ان الوكالة والوصاية والمضاربة والقضاء والتولية
على الوقف سواء فليس لاحدهما الانفراد وليس للوكيل
ان يوكل غيره لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل
به اذ رضي برايه دون راي غيره لوجود التفاوت في
الاراء الا باذن موكله لتحقق رضائه او بقوله اي بقول
الموكل اعمل برايك لاطلاقه التفويض الى رايه واستثنى
صاحب التنوير من الاستثناء الاول فقال الا في دفع
زكاة وفي قبض دين بعد ان عينا له وعند تقدير الثمن
من الوكيل لوكيله فان تصرف وكيل الوكيل بدون
الاذن يجاز فيها فان اذن الموكل بالتوكيل فوكل الوكيل
غيره كان الوكيل الثاني وكيل الموكل الاول لا الثاني
ثم فرعه بقوله فلا ينعزل الوكيل الثاني بعزله اي
بعزل الوكيل الثاني ولا ينعزل بموته اي بموت الوكيل
الثاني قال المولى سعدي ينبغي ان يملك عزله فيما
اذا قال الموكل اعمل برايك انتهى وفيه كلام لان
الوكيل مامور باعمال رايه وقد عمل بان يوكل غيره
فتم الامر فلا يملك العزل لان العزل الرجوع عن الراي
الاول وليس في قوله اعمل برايك ما يدل على هذا
بخلاف ما اذا قال اصنع ما شئت لان فيه ما يدل
على العموم فيملك العزل تدبر وينعزلان اي الوكيل
الاول والثاني بموت الموكل الاول لان الوكيل عامل

لنفسه ثم مات وكيله بموته لبطلان حقه وان وكل
الوكيل غيره بلا اذن من الموكل فعقد الوكيل الثاني
بحضرته اي بحضرة الوكيل الاول جاز عقده لان المقصود
حضور رأيه وقد حضر وظاهر العبارة الاكتفا بالحضرة
من غير توقف علي الاجازة وهذا قول البعض والعامة
علي انه لا بد من اجازة الوكيل او الموكل وان حضرة الوكيل
الاول لا تكفي والمطلق من العبارات محمول علي الاجازة
كما في اكثر المعتبرات فعلي هذا لو قال فاجازه مكان
قوله بحضرته لكان اولي تدبر وكذا لو عقد الوكيل الثاني
بغيبته اي بغيبة الاول فاجازه اي اجاز الوكيل عقده
جاز ولو اكتفي بقوله فعقد الثاني بحضرته او بغيبته
فاجازه جاز لكان اخصر لان الحكم فيهما موقوف علي الاجازة
علي قول العامة كما بينت فتبصر تدبر وقيد بالعقد احترازا
عن الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره وطلق
الثاني بحضرة الوكيل الاول او طلق الاجنبي فاجاز الوكيل
فانه لا يقع وكذا الابراء والخصومة وقضا الدين كما في المنح
او كان الوكيل قد قدر الثمن للثاني فعقد الثاني
بغيبته جاز لان الاحتياج فيه الي الراي اي لتقدير
الثمن وقد حصل كما في العناية ولا يجوز لعبد او مكاتب
التصرف في مال طفله ببيع او شرا ولا تزويجه لانتفاء
ولايتهما بالرق وكذا الكافر في حق طفله المسلم لانتفاء
ولايته بالكفر والاصل ان من لا ولاية له علي غيره لم يجز
تصرفه في حقه ثم بين حكم المستامن والحربي والمرتد ليتميز
من حال الذمي ولا له ولذا بين حاله دون غيره
من الكفار وقيل تصرف المرتد موقوف بالاتفاق لتردد

الملة

١٩٥

الملة في حقه فان اسلم نفذ وان قتل لا باب
الوكالة بالخصومة والقبض اخر الوكالة بالخصومة عن
الوكالة بالبيع والشرا لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب
استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون بعد البيع
المبيع او الثمن للوكيل بالخصومة القبض عند ائمتنا
الثلاثة لان من ملك شيا ملك اتمامه واتمام الخصومة
وانتهاؤها بالقبض خلافا لزفر لان القبض غير الخصومة
فلا يكون الوكيل به وكيلا بها اذ يختار الموكل القبض امين
الناس وللخصومة الح الناس والفتوى اليوم علي قوله
اي علي قول زفر وهو قول الائمة الثلاثة لان من يؤتمن
علي الخصومة من لا يؤتمن علي المال لظهور الخيانة في الوكلاء
في هذا الزمان افتي بذلك الصدر الشهيد وكثير من مشايخ
بلخ وسمرقند وغيرهم ولذا اشار الي خلاف زفر عند ائمتنا
الثلاثة لقوة قوله في هذا المقام وفي التنوير الوكيل بالخصومة
اذا ابي لا يجبر عليها الا اذا كان وكيلا بالخصومة بطلب
المدعي عليه بخلاف الكفيل ومثله اي مثل الوكيل بالخصومة
الوكيل بالتقاضي يعني ان الوكيل بالطلب مثل الوكيل بالخصومة
فانه يملك القبض علي اصل الرواية لانه في معناه وضعا بخلاف
القضيب حتي ابي تضمنه فانه مطاوع قضي الا ان العرف
بخلافه وهو قاض علي الوضع والفتوى علي ان لا يملك كما
في الهداية وفي النهاية ان الوكيل بتقاضي الدين يملك
القبض اتفاقا في جواب كتاب الوكالة لكن فتوى المشايخ
علي انه لا يملك لفساد الزمان انتهي فعلي هذا اظهر عدم فهم
ما قيل من انه قال صاحب الاختيار والوكيل بالتقاضي يملك
القبض بالاجماع لانه لا فائدة للتقاضي بدون القبض فيلزم

فيلزم التامل في قوله بالاجماع لان الخلاف مصرح في سائر
الكتب لان ما قاله صاحب الاختيار على رواية الاصل
والفتوى لفساد الزمان فلا خلاف بالاتفاق على رواية
الاصل لما في السراجية الوكيل بالتقاضي وكيل بالقبض في
ظاهر الرواية والفتوى على انه ينظر ان كان التوكيل بذلك
في بلد كان العرف بين التجار ان المتقاضي هو الذي يقبض
الدين كان توكيلا بالقبض والا فلا تدبر وفي التنوير
ورسول القاضي يملك القبض لا الخصومة اجماعا ولا يملك
الخصومة والقبض وكيل الملازمة كما لا يملك وكيل الصلح
وكذا عكسه وللوكيل بقبض الدين الخصومة قبل القبض
عند الامام خلافا لهما وهو قول الائمة الثلاثة ورواية
عن الامام لانه ليس كل من يصلح للقبض يعرف الخصومة
ويهتدي الى المحاكمة فلا يحصل الرضى من الموكل وله انه
وكله باخذ الدين من ماله لان قبض نفس الدين
لا يتصور ولذا قلنا ان الديون تقضى بامثالها لان المقبوض
ملك للمطلوب حقيقة وبالقبض يتملكه بدلا عن الدين فيكون
وكيلا في حق التمليك ولا [illegible] ذلك بالخصومة وثمرته ما لو اقام
الخصم البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده
خلافا لهما وقيد بقوله قبل القبض لانه بعد القبض لا يكون
له الخصومة اتفاقا وفي التنوير امره بقبض دينه وان
لا يقبضه الا جميعا فقبضه الا درهما لم يجز قبضه على
الآمر ولا له الرجوع على الغريم بكله ولو لم تكن للغريم
بينة على الايفاء فيقضى عليه بالدين وقبضه الوكيل
فضاع من الوكيل ثم برهن على الايفاء فلا سبيل للقضي عليه
على الوكيل وانما يرجع على الموكل وللوكيل بالاخذ بالشفعة

الخصومة

فان يد الوكيل يد الموكل فكانه ضاع من يد الموكل

الخصومة قبل الاخذ اتفاقا حتى لو اقام المشتري البينة على
الوكيل على ان الموكل سلمها تقبل وتبطل الشفعة واما بعد
الاخذ بالشفعة فليس له الخصومة وكذا الوكيل بالرجوع
في الهبة اي له الخصومة حتى لو اقام الموهوب له البينة على
اخذ الواهب العوض تقبل ويبطل الرجوع او بالقسمة يعني
للوكيل بالقسمة الخصومة حتى اذا وكل احد الشريكين
وكيلا بان يقاسم مع شريكه فاقام الشريك البينة على
الوكيل بان الموكل قبض نصيبه تقبل او بالرد بالعيب
على البائع حتى اذا اقام البائع البينة على الوكيل بان الموكل
رضي بالعيب تقبل وكذا الوكيل بالشراء بعد مباشرته يعني
له الخصومة واما قبل مباشرته الشراء لا يكون له الخصومة
وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون
خصما فيها وليس للوكيل بقبض العين الخصومة بالاجماع
لانه امين محض بقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه
الرسول ثم فرعه بقوله فلو برهن ذو اليد على الوكيل
بقبض عبد ان موكله باعه منه تقصر يد الوكيل عنه ولا يثبت
البيع فيلزم على ذي اليد اعادة البينة اذا احضر الموكل
او من يقوم مقامه لان البينة قامت على من لا يكون
خصما والقياس ان يدفع العبد الى الوكيل لعدم قبول
حجة ذي اليد لقيامها على من ليس بخصم فلم يعتبر وجه
الاستحسان ان الوكيل خصم في حق قصر يده لقيامه مقام
الموكل في القبض فتقصر يده فيقام الحجة ثانيا على
البيع اذا احضر الخصم كما تقصر يد الوكيل بنقل الزوجة
والعبد يعني اذا اقامت المراة البينة على الطلاق او
اقام البينة على العتاق على الوكيل بنقلهما الى

موضع تقبل هذه البينة استحسانا في قصر الوكيل عنه حتى
يحضر الغائب منكرا ولا يثبت الطلاق والعتق لو برهنا اي
المرأة والعبد عليهما اي على الطلاق والعتاق بلا حضور
الموكل لما مر انهما اقاما حجة على وكيل عن الخصم ولذا يجب
إعادتهما لو حضر موكله بخلاف قصر اليد واقرار الوكيل
بالخصومة على موكله عند القاضي بغير الحدود والقصاص
صحيح سواء كان وكيلا من قبل المدعي فاقر بالقبض
او من قبل المدعى عليه فاقر بثبوت الحق وفيه اشعار
بانه في انكاره موكله الوكيل صح بالطريق الاولى فانه لو
استثنى الاقرار صح ويصار وكيلا بالانكار كما لو استثنى
الانكار ايضا وكيلا بالاقرار وفي الصغرى لو استثنى
الاقرار بحضرة الطالب صح والا لا وقال محمد انه ايضا
يصح كما في القهستاني وفي البزازية لو وكله غير جائز
الاقرار صح ولم يصح الاقرار في الظاهر لو مفوضا لا في
الاقضية ولو مفوضا ايضا لا عند غير القاضي اي انكار
اقراره عند غير القاضي فشهد به الشاهدان عند القاضي
فانه يخرج فيصح استحسانا عند الطرفين خلافا لابي يوسف
اي يصح عند غير القاضي عنده لان الموكل اقامه مقام نفسه
مطلقا وهو يقتضي ان يملك ما يملكه الموكل وهو يملك الاقرار
عند غير القاضي كذا وكيله وعند زفر والشافعي وهو
قول ابي يوسف اولا لا يصح اصلا وهو القياس لانه
مأمور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضادها لانه
مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ووجه الاستحسان
ان التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب
مطلقا فيتضمن الاقرار والموكل يملك الاقرار كذا يملك

وكيله

وكيله عند القاضي لكونه جواب الخصم وهو لا يكون معتبرا
الا بمجلس القضاء اذ ذاك مجلسه يفضي الى المجادلة والمجاذبة
وهو لم يوكل بذلك فحينئذ لا يكون وكيلا لكن لو برهن
عليه اي على الوكيل هذا استبداد من قوله الا عند
القاضي فلهذه الوذكر عقيبه لكان انسب تدبر لانه
اقر في غير مجلس القاضي خرج عن الوكالة ولا يدفع اليه
المال اي لا يؤمر المدعى عليه بدفع المال الى الوكيل لانه
لا يصح بعد ذلك مناقضة ولانه زعم انه مبطل في
دعواه كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القاضي لا يصح
اقرارهما ولا يدفع اليه اي الى الاب والوصي المال
يعني اذا ادعى على الاب او الوصي شيئا للصغير فانكر المدعى
عليه فصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعي المال فان
اقراره لا يصح لان له ولاية نظرية ومن ضمانه حفظ ماله
وتصرفه فيه على الوجه الاحسن والاقرار لا يكون
حفظا ولا يؤمر المدعى عليه بدفع المال اليه لانه لا يصح
دعواه وينصب وصي آخر ويؤمر بدفع المال اليه لو ثبت
ولا يصح توكيل رب المال كفيله بقبض ما على المكفول
عنه كما لو وكله بقبضه من نفسه او عبده او وكل المحتال
المحيل بقبضه من المحتال عليه فانه غير صحيح لان الوكيل
من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه
في ابرائه فيعدم الركن ولان قبول قوله ملازم
للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا
نفسه فيعدم بانعدام لازمه كما في الهداية وفي (في نسخة شيئا فيه)
العناية سؤال وجواب فليراجع وفي التنوير الوكيل
بقبض الدين اذا كفل صح وبطلت الوكالة بخلاف العكس

ولكذا لما ضمنت كفالة الوكيل بالقبض الدين [illegible]
الوكالة بطلت وكالته تقدمت كفالته او تأخرت
ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الدين امر بالدفع اليه
لان تصديقه بمن قال انا وكيل الغائب بقبض دينه
اقرار على نفسه لان ما يقبضه خالص حقه اذ الديون
تقضى بامثالها فان صدقه صاحب الدين اي اذا حضر
الموكل وصدق الوكيل في دعواه الوكالة فلا كلام لحصول
المقصود والا اي وان لم يصدقه امر اي امر الغريم بالدفع
ثانيه اي الى صاحب الدين ايضا اي كما امر بالدفع الى
الوكيل لانه لم يثبت الاستيفا حيث انكر الوكالة والقول
في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ان لم يجز الاستيفا
حال قيامه ورجع الغريم به اي بما دفعه على الوكيل ان لم
يهلك في يده اي يرجع الغريم به ان كان ما دفعه اليه
باقيا في يد الوكيل لان غرضه من الدفع براءة ذمته
ولم يحصل فله ان ينقض قبضه ويأخذ ما يجده ولو كان
باقيا حكما بان استهلكه الوكيل فانه باق ببقاء بدله
وان هلك اي المقبوض في يد الوكيل لا اي لا يرجع فيما
هلك لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض فيكون
امينا وهو لا يكون ضمينا ولانه مظلوم في اخذ الموكل
ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره الا اذا كان ضمنه عند دفعه
حينئذ يرجع عليه اي الوكيل بمثل ما دفعه قيل روي ضمنه
بالتشديد وبعدمه فالمعنى بالتشديد الا اذا كان
جعل الغريم الوكيل ضامنا بان قال عند دفعه ان حضر
الغايب وانكر وكالتك واخذ مني ثانيا فانت ضامن
لهذا المال فقال انا ضامن وبعدم التشديد الا اذا
كان

كان الوكيل بان قال عند دفعه ان حضر الغايب وانكر التوكيل
واخذ منه ثانيا فانا ضامن لهذا المال فيصير الوكيل
كفيلا بمال قبضه الدائن المنكر ثانيا لان اضافة الضمان
الى زمان القبض جائز لا بمال قبضه الوكيل اولا لانه امانة
في يده فيصادقهما على انه وكيل والامانات لا يجوز بها
الكفالة وظاهر المتن انه لا رجوع على الوكيل حالة الهلاك
الا اذا ضمن وليس كذلك بل الحكم كذلك لو قال لم قبضت
منك على اي انك تأخذ من الدين كما في التنوير او دفع له
على ادعايه حال كونه غير مصدق وكالته سوا كان
مكذبا او ساكتا فانه يرجع عليه لانه انما دفع على رجاء
الاجازة فاذا انقطع رجاؤه يرجع عليه وفي التنوير فان
ادعى الوكيل هلاكه او دفعه لموكله صدق بحلفه وفي
الوجوه كلها ليس له الاسترداد حتى يحضر الغايب ومن
صدق مدعي الوكالة بقبض الامانة لا يؤمر بالدفع اليه
لان تصديقه اقرار بمال الغير ولانه مأمور بالحفظ لا
بالدفع بخلاف الدين فاذا لم يصدقه لا يأمر بالدفع اليه
بالاولى وفي المنح تفصيل فليراجع وكذا اي مثل ما ذكر من
الحكم لو صدقه في دعوى شرايها من المالك يعني لو ادعى
انه اشترى الوديعة من مالكها وصدقه المودع لم يؤمر
بدفعها اليه لانه ما دام حيا كان اقرار بملك الغير لانه
من اهله فلا يصدق فان في دعوى البيع عليه ولو صدقه
في ان المالك مات وتركها اي الوديعة ميراثا له امر بالدفع
اليه اذا لم يكن على الميت دين مستغرق فلو انكر موته
او قال لا ادري لا يؤمر بالتسليم اليه ما لم تقم البينة
هذه المسئلة قد تقدمت في اواخر القضا فكان ذكرها

هنا تكرارا تدبر ولو ادعى المديون على الوكيل بقبض الدين
استيفا الداين ولا بينة له اي للمديون على استيفا الداين
امر بدفعه اليه اي امر الغريم بدفع المال الذي عليه الى الوكيل لان
الوكالة قد ثبتت والاستيفا لم يثبت بمجرد دعواه فلا يوخر
الحق وقد جعلوا دعواه الايفا لرب الدين جوابا للوكيل
اقرارا بالدين وبالوكالة والا لما اشتغل بذلك كما اذا طلب
الداين وادعى الايفا فانه يكون اقرارا بالدين وكما اذا
اجاب المدعى اذا ادعى الغلط في بعض الحدود فانه لا يقبل
في الحدود لان جوابه تسليم للحدود كما في المنح ولا يستحلفه
اي الوكيل انه ما يعلم استيفا موكله الدين لانه نايب عن
الموكل والنايب لا يجري عليه الحلف خلافا لزفر بل يسلم
الغريم بعد ما دفع المال الى الوكيل رب الدين ويستحلفه
اي رب الدين انه ما استوفى فان حلف بقي الحكم على
حاله ولو نكل بطل الحكم فيسترد منه ما قبض ولو ادعى
البايع على وكيل الرد بالعيب ان موكله رضي به اي بالعيب
لا يومر بدفع الثمن قبل حلف المشتري والفرق بين هذه
وما تقدم من مسالة الدين ان التدارك ممكن هناك
باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكوله وهنا
غير ممكن لان القضا بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر
الخطا عند الامام كما هو مذهبه في الفسوخ والعقود
ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد واما
عندهما فيجب ان يتحد الجواب في الفصلين ولا يوخر
لان التدارك ممكن هنا عندهما لبطلان القضا وقيل
الاصح عند ابي يوسف ان يوخر في الفصلين وفي المنح فلو
رد هنا الوكيل على البايع بالعيب في هذه المسالة فحضر

الموكل

الموكل وصدقه على الرضى كانت له لا للبايع عند الكل على
الاصح ومن دفع اليه رجل اخر عشرة دراهم لينفقها على
اهله فانفق عليهم اي على اهله عشرة اخرى من عنده فهي
اي العشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا
وحكمه كذلك مثل هذا استحسان وفي القياس وهو قول
الايمة الثلاثة انه يمضي لعدم ذلك فيصير متبرعا لانه خالف
امره وقيل القياس والاستحسان في قضا الدين لانه ليس
بشرا واما الانفاق فيتضمن الشرا فلا يدخلانه كما في
الاصلاح وظاهر كلامه انه انفق دراهمه مع بقا دراهم الموكل
ولذا قال في النهاية هذا اذا كانت عشرة الدافع قايمة
وقت الانفاق وكان يضيف العقد اليها او يطلق اما اذا
كانت عشرة الدافع فانية وقت الانفاق مستهلكة
او اضاف العقد الى عشرة نفسه يصير مشتريا لنفسه
متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين في الوكالة وفي
التنوير وصي انفق من ماله ومال اليتيم غايب فهو اي
الوصي متطوع في الانفاق الا ان يشهد على ما انفقه
قرضا عليه وانه يرجع عليه فلا يكون متطوعا وله
ان يرجع باب [illegible] الوكيل وجه
تاخيره ظاهر للموكل عزل وكيله عن الوكالة فله ان يعزله
الا اذا تعلق به اي بالتوكيل حق الغير كوكيل الخصومة
بطلب الخصم فلا يملك عزله بغيبته كالوكالة المشروطة في
عقد الرهن ومال الوقف وفيه اشارة الى انه لو علق
وكالته بالشرط ثم عزله قبل وجوده صح وعليه الفتوى
كما في القهستاني والى انه يبطل تعليق العزل بالشرط
ويتوقف انعزاله اي انعزال الوكيل على علمه اي علم

هنا ثم اذا تدبر ولو ادعى المديون على الوكيل بقبض الدين استيفا الداين ولا بينة له اي للمديون على استيفا الداين امر بدفعه اليه اي امر الغريم بدفع المال الذي على الوكيل لان الوكالة قد ثبتت والاستيفا لم يثبت بمجرد دعواه فلا يوخر الحق وقد جعلوا دعواه الايفا لرب الدين جوابا للوكيل اقرارا بالدين وبالوكالة والا لما اشتغل بذلك كما اذا طلب الدائن وادعى الايفا فانه يكون اقرارا بالدين وكما اذا اجاب المدعى ثم ادعى الغلط في بعض الحدود فانه لا يقبل المحدود لان جوابه تسليم للمحدود كما في المنح ولا يستحلفه اي الوكيل انه ما يعلم استيفا موكله الدين لانه نايب عن الموكل والنايب لا يحلف عليه الحلف خلافا لزفر بل يتبع الغريم بعد ما دفع المال الى الوكيل رب الدين ويستحلفه اي رب الدين انه ما استوفى فان حلف بقي الحكم على حاله ولو نكل بطل الحكم فيسترد منه ما قبض ولو ادعى البايع على وكيل الرد بالعيب ان موكله رضي به اي بالعيب لا يومر بدفع الثمن قبل حلف المشتري والفرق بين هذه وما تقدم من مسالة الدين ان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطا عن نكوله وههنا غير ممكن لان القضا بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطا عند الامام كما هو مذهبه في الفسوخ والعقود ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد واما عندهما فيجب ان يتحد الجواب في الفصلين ولا يوخر لان التدارك ممكن هنا عندهما لبطلان القضا وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يوخر في الفصلين وفي المنح فلو رد هنا الوكيل على البايع بالعيب في هذه المسالة فحضر

الموكل

الموكل وصدقه على الرضى كانت له لا للبايع عند الكل على الاصح ومن دفع اليه رجل اخر عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عليهم اي على اهله عشرة اخرى من عنده فهي اي العشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا وحكمه كذلك قيل هذا استحسان وفي القياس وهو قول الايمة الثلاثة تمضي لهذا فيصير متبرعا لانه خالف امره وقيل القياس والاستحسان في قضا الدين لانه ليس بشرا واما الانفاق فيتضمن الشرا فلا يدخلانه كما في الاصلاح وظاهر كلامهم انه انفق دراهمه مع بقا دراهم الموكل ولذا قال في النهاية هذا اذا كانت عشرة الدافع قايمة وقت الانفاق وكان يضيف العقد اليها او يطلق اما اذا كانت عشرة الدافع قايمة وقت الانفاق مستهلكة او اضاف العقد الى عشرة نفسه يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين في الوكالة وفي التنوير وصي انفق من ماله ومال اليتيم غايب فهو اي الوصي متطوع في الانفاق الا ان يشهد على ما انفقه قرضا عليه وانه يرجع عليه فلا يكون متطوعا وله ان يرجع

باب عزل الوكيل

وجه تاخيره ظاهر للموكل عزل وكيله عن الوكالة فله ان يبطله الا اذا تعلق به اي بالتوكيل حق الغير كوكيل الخصومة بطلب الخصم فلا يملك عزله فيصير كالوكالة المشروطة في عقد الرهن ومال الوقف وفيه اشارة الى انه لو علق وكالته بالشرط ثم عزله قبل وجوده صح وعليه الفتوى كما في القهستاني والى انه يبطل تعليق العزل بالشرط ويتوقف انعزاله اي انعزال الوكيل على علمه اي علم

الوكيل من فرعه بقوله فتصرفه اي تصرف الوكيل قبل علمه
لان في انعزاله بغير علم اضرارا اذ ربما يتصرف على انه وكيل
فتلحقه العهدة وكذا لو عزل الوكيل نفسه لا يجوز بدون
علم الموكل وعند الايمة الثلاثة ينعزل الوكيل بلا علم منه
الا في قول عنهم ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم اوكلك لا يكون
عزلا الا ان يقول والله لا اوكلك بشيء فيثبت العزل من الوكالة
مشافهة كقوله عزلتك واخرجتك عن الوكالة وبكتابته
وارساله رسولا عدلا او غير عدل حرا او عبدا صغيرا او كبيرا
اذا قال الرسول الموكل ارسلني اليك لابلغك عزله اياك عن
وكالته ولو اخبره فضولي بالعزل فلا بد من احد شرطي الشهادة
اما العدد او العدالة وفي الدرر يقال وكلتك بكذا على اني
متى عزلتك فانت وكيلي فانه اذا عزله لم ينعزل بل كان
وكيلا له ويسمى هذا وكيلا دوريا ولو اراد عزله بحيث يخرج
عن الوكالة بقوله في عزله عزلتك ثم عزلتك فانه ينعزل
ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلي لا يكون معزولا بل كلما عزل
كان وكيلا فاذا اراد ان يعزله يقول رجعت عن الوكالة
المعلقة وعزلتك عن المنجزة فحينئذ ينعزل لانها لا يكون لازما
يصح الرجوع عنه والوكالة منه كما في البيبيني وفي التنوير ووكله
بقبض الدين ملك عزله ان بغير حضرة المديون وان وكله
بحضرته لا الا اذا علم به المديون فلو دفع المديون دينه
الى الوكيل قبل علمه بعزله برئ وتبطل الوكالة بموت الموكل
هذا او هو من عبارة الوقاية وبموت احدهما لانه قال
صاحب الدرر ولما لم يكن لذكر الوكيل هنا فايدة تركته
لكن يمكن ان الوكيل لو مات فحق الرد بالعيب لوارثه او وصيه
وان لم يكن فللموكل في رواية ولوصي القاضي في اخرى
كما في

كما في القهستاني في قنيه فايدة وجنونه اي جنون الموكل
وكذا جنون الوكيل مطبقا اي مستوعبا ومدته اي حد
المطبق شهر عند ابي يوسف وكذا عند الامام في قول
وعليه الفتوى كما في المضمرات وحول عند محمد وكذا عند
الامام في قول فهو الحق لانه يسقط به جميع
العبادات حتى الزكاة فقدر به احتياطا وتبطل بلحاقه
اي لحاق الموكل بدار الحرب مرتدا عند الامام لان تصرفات
المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته وان قتل او لحق بدار
الحرب بطلت الوكالة خلافا لهما لان تصرفاته نافذة عندهما
الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر
امر اللحاق فلو عاد من دار الحرب مسلما ولم يحكم بلحاقه اي بحكم الحاكم
تعود الوكالة عندهم وان حكم ثم عاد لا تعود الوكالة عند
محمد خلافا لابي يوسف كما في القهستاني وفي المنح ظاهر
كلام الكنز وغيره من المتون ان كل وكالة تبطل بموت الموكل
وجنونه وليس كذلك بل لا بد من استثناء مسايل من
هذا الاصل فقال الا اذا وكل الراهن العدل او المرتهن
ببيع الرهن عند حلول الاجل فلا ينعزل بموت الموكل
وجنونه كالوكيل بالامر باليد والوكيل ببيع الوفاء
وتمامه فيه فليراجع وكذا تبطل وكالته بعجز موكله
حال كون الموكل مكاتبا اي اذا وكل مكاتب وكيلا بالبيع
مثلا ثم صار رقيقا بعجزه عن ادايه بدل الكتابة بطل
وكالة وكيله لانه وقع تصرفه في مال الغير بلا امره وبحجره
اي حجر الموكل حال كونه عبدا مأذونا ولا فرق فيه بين
العلم وعدمه لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم
كالوكيل بالبيع اذا باعه موكله وفي القهستاني وانما

نقل بعد التنبيه على العامل العبد لا لما ظن ان في تعدده ثم
يشترط علم الوكيل وفيه اشعار بان للكاتب او للماذون اذا كان
ويطلا بالتقاضي او الخصومة ثم يبطل وكالتهما بالعجز والحجر كما في
النهاية وتبطل الوكالة في حق من لم يوكل صريحا من الشريكين
بسبب افتراق هذين الشريكين عن الشركة اي بسبب
عزل الوكيل بافتراقهما ولا يتوقف على علم الوكيل لما مر انه
عزل حكمي والعلم شرط للعزل الحقيقي واطلاقه يشمل ما اذا
افترقا ببطلان الشركة بهلاك المالين قبل الشراء فتبطل
الوكالة الضمنية وما اذا وكل الشريكان او احدهما وكيلا او احدهما
للتصرف في المال فلو افترقا انعزل في حق غير الموكل منهما اذا لم
يصرحا بالاذن في التوكيل وتمامه في البحر فليطالع وتصرف هو
بالجر وكذا تبطل الوكالة بتصرف الموكل فيما وكل به تصرفا يعجز
الوكيل عن الامتثال به كما اذا وكل باعتاق عبده او كتابته
او تزويج امراة او شراء شيء او طلاق او خلع او بيع عبد فاعتق
او كاتب او تزوج او طلق ثلاثا او واحدة ومضت عدتها
او خالعها او باع بنفسه فان الموكل لو فعل واحدا منها بنفسه
عجز الوكيل عن ذلك الفعل فتبطل الوكالة ضرورة حتى ان
الموكل اذا طلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة
لامكان تنفيذ ما وكل به ولو تزوجها بنفسه وابانها
لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لزوال الحاجة بخلاف ما لو
تزوجها الوكيل وابانها حيث يكون له ان يزوج الموكل لان
الحاجة باقية كما في الدرر وفي المنح وتعود الوكالة اذا عاد
الى الموكل قديم ملكه فلو وكله بالبيع فباعه الموكل ثم رد عليه
بما هو فسخ فالوكيل على وكالته وان رد بما لا يكون فسخا
لا تعود الوكالة كما لو وكله في هبة شيء ثم وهبه الموكل
ثم رجع

كراس 21
201

ثم رجع في هبته لم يكن للوكيل الهبة ولو وكله بالبيع ثم رده
الموكل او اجره فسلمه فهو على وكالته في ظاهر الرواية
ولو وكله ان يواجر داره ثم اجرها الموكل بنفسه ثم انفسخت
الاجارة يعود على وكالته ولو وكله ببيع داره ثم بنى فيها
فهو رجوع عنها عند الطرفين لا التجصيص والوصية بمنزلة
الوكالة او بقي اثر ملكه كما لو طلق امراته فهي في العدة فان
تصرف الوكيل غير متعذر بان يوقع الثاني في العدة وهو
اثر ملكه كما تقدم انتهى ذكره في قوله او بقي شيء الاول
انه معطوف على قوله عاد وهو ظرف للعود ولا عود في
صورة بقاء الاثر والثاني انه يلزم التكرار بما سبق من قوله
بتصرفه بنفسه كما لو طلق امراة فهي في العدة الى اخره تدبر
ولا يشترط في الموت وما بعده من الجنون واللحاق والعجز
وافتراق الشريكين وتصرف الموكل فيما وكل به علم الوكيل لما
مر ان العلم شرط للعزل القصدي لا العزل الحكمي كما في اكثر
المعتبرات قال يعقوب باشا وهنا كلام وهو ان في الكلام
مسالة تدل على اشتراط العلم في العزل الحكمي ايضا وتمامه فيه
فليطالع

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة
الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة
هي واحدة الدعاوى بفتح الواو وكسرها وبعضهم قال الفتح
اولى وبعضهم الكسر اولى ومنهم من سوى بينهما وفي الكافي يقال
ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعي وعمرو المدعى عليه والمال
المدعى والمدعى به خطا والصواب للادعاء افتعال من ادعى والدعوى
على وزن فعلى اسم منه والفها للتانيث فلا ينون يقال
دعوى باطلة او صحيحة وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير
كفتوى وفتاوى والدعوى في الحرب ان يقول القائل يا فلان

21

انتهى ثم اعلم انها مشروعة بالكتاب والسنة واجماع الامة
وهي اي الدعوى في اللغة عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه
حالة المسالمة والمنازعة ماخوذ من قولهم ادعى اذا اضاف
الشيء الى نفسه حالة المنازعة لا غير كما في المبسوط وقيل
هي في اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره
وفي الشرع ما اختاره المص تبعا للوقاية بقوله اخبار
عند القاضي او الحكم فانه شرط كما في الكافي وغيره بحق معلوم
فانه شرط له اي للخبر على غيره اي على غير المخبر الحاضر
كما في التنوير وغيره وشرطها مجلس القاضي وحضور خصم
ومعلومية الدعوى وكونها ملزمة وكون المدعى مما يحتمل
الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده باطلة انتهى فعلى هذا
اطلاق المص لا يخلو عن شيء كما في القهستاني الا ان يقال
عدم تقييده بالحضور لكن حضور مجلس القاضي ماخوذ
في مفهوم الدعوى وهي مطالبة حق عند من له الخلاص
ولئلا يخرج عن التعريف بلا تكلف الدعوى الصادرة
عن صاحب القاضي الى القاضي في مجلس القاضي المكاتب
فانه دعوى صحيحة حتى يكتب في الكتاب بغير الاستشهاد
بالدعوى الصحيحة الصادرة الى اخره مع انه اخبار
بحق له على غيره وليس بحاضر واما عدم تقييده بمجلس
القضاء فلانه جعله شرطا وشرط الشيء خارج عن ذلك
الشيء تامل والمدعي شرعا من لا يجبر اي لا يكره على هذه
الخصومة اي المخاصمة وطلب الحق فلا يشكل بما كان فيه
مخاصما من وجه اخر كما اذا قال قضيت الدين بعد
الدعوى فانه لا يجبر على هذه الخصومة اذا تركها
والمدعى عليه من يجبر على هذه الخصومة والجواب

كونه

بأن قال الولد ومنه
دعوة الولد
وفي الشرع اراد به
اضافة الشيء
الى نفسه

لكونه منكرا معنى ولو مدعيا صورة ولذا قال محمد في الاصل
المدعى عليه هو المنكر وهو الصحيح اذ الاعتبار للمعاني
فلا يشكل بوصي اليتيم فانه مدعى عليه معنى فيما اذا اجبر
القاضي على الخصومة لليتيم كما في القهستاني وانما عرفهما
بذلك وعدل عما يقتضي التعريف اشارة الى اختلاف
المشايخ فيهما فقيل المدعي من اذا ترك ترك والمدعى عليه خلافه
فهذا الحاصل ما ذكر في هذا المتن قال ابو المكارم والتعريف
المذكور وان كان عاما صحيحا كما قال في الهداية لكنه
تعريف له بما هو حكمه انتهى وقيل المدعي من لا حجة له عليه
والمدعى عليه خلاف هذا ولذا يقال لمسيلمة الكذاب
مدعي النبوة ولا يقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم
وقيل المدعي من لا يستحق الا ببينة والمدعى عليه من يكون
مستحقا بلا حجة او بقوله ومعنى يكون له على ما كان ما لم
يثبت المدعي استحقاقه فقيل المدعي من يلتمس خلاف الظاهر
وهو الامر الحادث والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر اي العدم
الاصلي انتهى اذ لا يعرض على من له اليد حق المدعي بمجرد
دعواه كما يعرض الوجود على العدم الاصلي فلا يلزم عليه ما
قال بعض الفضلاء ومنهم من قال المدعي من يلتمس خلاف
الظاهر فلا يلزم ان يكون امرا حادثا والمدعى عليه من
يتمسك بالظاهر ولا يلزم ان يكون عدما اصليا انتهى لان
المراد بالامر الحادث كونه محتاجا الى الدليل في ظهوره
ووجوده وبالعدم الاصلي عدم كونه محتاجا الى الدليل في
اليه اصلا فالمودع الذي يدعي رد الوديعة الى المودع
لا يكون مدعيا حقيقة وكذا لا يكون المودع بانكاره الرد
منكرا حقيقة لانه بانكاره يدعي شغل ذمة المودع معنى

وكذا المودع بادعائه الرد ينكر الشغل معنى ليفرغ ذمته
عن الضمان فيخرج عن الخصومة فيما انكره معنى من الضمان
لكونه مدعى عليه فيصدق قوله مع اليمين اذ الاعتبار
للمعاني دون الصور كما في شرح الوقاية لابن الشيخ
ولا تصح الدعوى الا بذكر شي اي قوله دين او عين علم
جنسه اي جنس ذلك الدين كالدراهم والدنانير والحنطة
وغيرها وقدره مثل كذا وكذا درهما او دينارا او كرا
قيل لابد ايضا من ذكر وصفه بانه جيد او ردي في دعوى
الدين اذ هو يعرف به لان الزام الخصم بالمجهول عند
منكر الزامها متعذر وكذا الشهادة والقضاء غير ممكن
بخلاف العين كما سيجي وفيه اشارة الى انه لو كتب صورة
الدعوى بلا عجز عن تقريرها لم تسمع كما في القهستاني
فان عجز عن الدعوى عن ظهر القلب فكتب فتسمع كما
في الخزانة فان كان المدعى دينا اي حقا في الذمة ذكر
المدعي انه يطالب به اي ان المدعي يطالب المدعى عليه
بالدين لان فائدة الدعوى اجبار القاضي المدعى عليه
على ايفا حق المدعي وليس للقاضي ذلك الا اذا طالبه به
فامتنع وان كان المدعى عينا اي منقولا ذكر المدعي انها
اي العين في يد المدعى عليه بغير الحق دفعا لاحتمال ان
تكون مرهونا او محبوسا بالثمن في يده قال صدر
الشريعة هذه العلة تشمل العقار ايضا فلا ادري ما وجه
تخصيص المنقول بهذا الحكم وفي حاشية يعقوب باشا
جواب عن طرف صاحب الدرر واعتراض عليه فليطالع
وانه اي المدعي يطلبه اي المدعى عليه بها اي بالعين ولا
بد من احضارها اي تكلف احضار العين المنقول ان امكن
الاحضار

255

الاحضار ليشار اليها اي الى العين عند الدعوى وعند
الشهادة او الحلف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك
بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في
التعريف حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى
ونحوه حضر الحاكم عندها او بعث امينا كما في البحر وغيره
لكن على رواية والا فقوله فان تعذر يذكر قيمتها ينفي
عند تدبر وفي المنية معزوا الى الاسبيجابي في مسالة
الشاهدين اذا شهدا على سرقة بقرة واختلفا في لونها
تقبل الشهادة خلافا لهما ثم قال فهذه المسالة تدل على
ان احضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى ولو شرط
لاحضرت ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة في لونها ثم قال
وهذه المسالة الناس عنها غافلون لكن ليس في ذلك دليل
على ما ذكر لانها اذا كانت غائبة لا يشترط احضارها والقيمة
كافية كما في البحر وان تعذر اي تعسر احضار المنقولات بان
كانت هالكة او غائبة يذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما
لان الغائب لا يعرف الا بالوصف والقيمة قال ابو الليث
يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة في الدابة
هذا اذا ادعى قيمة شي مستهلك فلا بد من بيان جنسه
ونوعه واختلفوا في بيان الذكورة والانوثة في الدابة
قال العمادي ادعى اعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر
قيمة الكل ولم يذكر قيمة عين على حدة اختلف المشايخ فيه
بعضهم شرط التفصيل وبعضهم اكتفى بالاجمال فهو الصحيح
لانه لو قال غصب مني عين كذا ولا ادري انه هالك او قائم
ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه
لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة

متضرر به كما في الكافي فان عجز ردها كان القول في مقدار
القيمة قول الغاصب فلما صح دعوى الغصب من غير بيان
القيمة فلان يصح اذا بين قيمة الكل جملة كان اولى وفي
وفي التبيين فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن
الشهود ايضا بل اولى وقيل يشترط ذكر القيمة لذا كانت
الدعوى سرقة ليعلم ان السرقة كانت نصابا فاما فيما
سوى ذلك فلا يشترط كما في الجامع وفي التنوير وفي دعوى
الايداع لابد من بيان مكانه سواء كان له حمل اولا وفي
الغصب ان كان له حمل ومونة فلا بد من بيان موضع
الغصب والا لا وفي دعوى المثليات لابد من ذكر الجنس
والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب وفي العقار لا
يحتاج الى قوله بغير حق كما يحتاج اليه في المنقول ولكن
يذكر ان العقار في يده فلا بد من اثباته لكن شرط صدر
الشريعة باق على ما قاله يعقوب باشا في حاشيته ويؤيد
ما في القهستاني من قوله ويزيده في العقار ايضا عند بعض
المشايخ كما في قاضيخان والخزانة وهو المختار عند كثير
انتهى لكن اختلف المشايخ في الفتوى كما سيأتي تتبع
ولا تثبت اليد اي يد المدعى عليه فيه اي في العقار
بتصادقهما اي لا تثبت بتصادق المدعي والمدعى عليه على
انه في يده بل تثبت للمدعي ببينة بان يشهد الشهود
انهم عاينوا في يده حتى قالوا سمعنا ذلك لم تقبل او علم
القاضي انه في يده لاحتمال كون العقار في يد غيرهما
وقد تواضعا على ذلك بخلاف المنقول لان اليد فيه
مشاهدة فلا حاجة الى البينة ولا الى العلم بل تثبت
بتصادقهما في الصحيح احترازا عما قيل ان اليد تصح

بالاقرار

بالاقرار فلا حاجة الى البينة ولا الى العلم وفي البحر شهدوا
انه ملكه ولم يقولوا انه في يده بغير حق يفتى بالقبول قال
الحلواني اختلف فيه المشايخ والصحيح انه لا تقبل لانه لم
يثبت في يده بغير حق لا يمكنه المطالبة بالتسليم وبه كان
يفتي اكثر المشايخ وقيل يقضي في المنقول لا في العقار حتى
يقولوا انه في يده بغير حق فالصحيح الذي عليه الفتوى
انه تقبل في حق القضاء بالملك لا في حق المطالبة بالتسليم
وتمامه فيه فليراجع وفي المنح فلتحفظ ما ذكر من اشتراط
ثبوت اليد في العقار بالبينة او العلم مطلقا في جميع
الصور بل اذا ادعى المدعي ملكا مطلقا في العقار اما لو ادعى
الغصب والشراء فلا يشترط ثبوت اليد ولا بد فيه اي
في العقار من ذكر البلد والمحلة وفي المضمرات في
دعوى العقار لابد ان يذكر بلدة فيها العقار ثم المحلة
ثم السكة اختيارا لقول محمد فان مذهبه ان يبدأ
بالاعم ثم بالاخص وقيل يبدأ بالاخص ثم بالاعم ولا بد من ذكر
الحدود الاربعة في الدعوى والشهادة واسماء اصحابها اي
اصحاب الحدود ونسبهم الى الجد ليتميزوا عن غيرهم لان تمام
التعريف يحصل به في الصحيح من مذهب الامام هذا اذا لم
يكن مشهورا وفي الرجل المشهور يكتفى بذكره لحصول المقصود
به فان ذكر ثلاثة وترك الرابع صح وقال زفر لا لان التعريف
لم يتم قلنا ان للاكثر حكم الكل على ان الطول يعرف بذكر الحدين
والعرض باحدهما وقد يكون بثلاثة وروي عن ابي يوسف
يكفي الاثنان وقيل الواحد وان ذكره اي الحد الرابع وغلط
فيه اي في الحد الرابع لا يصح لانه يختلف المدعى ولا كذلك
بتركه وفي المنح وانما يثبت الغلط باقرار الشاهد اني غلطت

فيه اما لو ادعاه المدعي عليه لا تسمع ولا تقبل بينته وتمامه
فيه فليطالع واذا صحت اي اذا جازت وقامت دعوى
المدعي برعاية ما سبق سال القاضي الخصم اي المدعي عليه
عنها اي عن دعواه ليتضح وجه حكمه لان القضا بالبينة
يخالف القضا بالاقرار وحكى سواله ان يقول لخصمك ادعى
عليك كذا وكذا فماذا تقول فان اقر اي الخصم حكم عليه اي على
الخصم اي يحكم القاضي بالخروج عن موجب ما اقر به لان
الاقرار حجة بنفسه فلا يتوقف في صدقه على الحكم
من القاضي ولذا قال في الاصلاح فان اقر فيها لم يقل حكم
وان انكر الخصم انكارا صريحا وعن صريح كما اذا قال لا اقر
ولا انكر فانه انكار عندهم وفيما روي انه اقرار غير
ظاهر فيحبس حتى يقر فغلط كما في القهستاني لكن قال
السرخسي وعند ابي يوسف يحبس الى ان يجيب وفي البحر
والفتوى على قول ابي يوسف فيما يتعلق بالقضا كما في
القنية والبزازية فلذا افتيت بانه يحبس الى ان يجيب
وغاصه فيه فليراجع سال القاضي المدعي البينة في دعواه
فان اقامها اي ان اقام المدعي البينة حكم القاضي على خصمه
لانه نور دعواه بالبينة فهي فعيلة من البيان او البين
اذ بها يظهر الحق من الباطل ويفصل بينهما والا اي وان لم
يقمها بل عجز عن اقامتها حلف اي يحلف القاضي الخصم والمدعي
عليه ان طلبه خصمه اي ان طلب المدعي تحليف المدعي عليه
لانه عليه السلام قال للمدعي الك بينة فقال لا وقال
فلك يمينه فقال يحلف ولا يبالي فقال عليه السلام
ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه فصار حقا لاضافته
اليه بلام التمليك فيبدا بتحليف القاضي لان المدعي عليه
لو حلف

لو حلف بطلبه المدعي يمينه بين يدي القاضي من غير استحلاف
القاضي فهذا اليمين بتحليف لان التحليف حق القاضي فلو
برهن بعد يمينه تقبل والا يحلف ثانيا عند القاضي فلا يحلف
قبل طلبه عند الطرفين في جميع الدعاوي وكذا عند
ابي يوسف الا في مسايل في الرد بالعيب يحلف المشتري
بالله ما رضيت بالعيب والشفيع بالله ما طلبت شفعتك
والمراة اذا طلبت فرضا للنفقة على زوجها الغايب يحلف
بالله ما خلف لك زوجك شيا ولا اعطاك النفقة والمستحق
يحلف بالله ما بعت واجمعوا على ان من ادعى دينا على الميت
يحلفه القاضي بلا طلب الوصي والوارث فان حلف المدعي
عليه انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة اي اذا حلف
المدعي عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا
انه ليس له ان يخاصم ما لم يقم البينة على وفق دعواه
فان اقامها بعد الحلف تقبل قال عليه السلام اليمين
الفاجرة احق ان ترد بالبينة العادلة ولان طلب اليمين
لا يدل على عدم البينة لاحتمال انها غايبة او حاضرة
في البلد ولم تحضر ولان اليمين بدل البينة فاذا قدر
على الاصل بطل حكم الحلف فلا عبرة لما قاله بعض الفقها
من ان البينة لا تسمع بعد اليمين كما في الدرر وغيره
وان نكل عن اليمين مرة اي قال لا احلف او سكت بلا
افة من خرس او طرش او غيره فان السكوت بلا افة نكول
حكما في الصحيح كما في السراج فقضي اي قضى القاضي له عليه
بالمال بالنكول اي بسبب الامتناع عنه صح ذلك القضا
لان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم
على اليمين اقامة للواجب دفعا للضرر عن نفسه فترجح

هذا الخايف عن جنايته التورع في نكوله وعرض اليمين
عليه ثلاثا بان يقول له في كل مرة اني اعرض عليك
اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه ثم
القضا احوط على تقدير نكوله احوط لما فيه من
المبالغة في الانذار ولا عبرة بعد القضا بقوله احلف
لانه ابطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضا ويعتبر
قوله احلف قبل الحكم ولو بعد العرض ثلاثا وفيه اشعار
بانه لا بد ان يكون النكول في مجلس القاضي وان تتصل
القضا به وبدونه لا يوجب شيا كما في التبيين وفي
المجتبى يشترط ان يكون القضا على فور النكول
عند بعض المشايخ وقال الخصاف لا يشترط حتى لو
استمهله بعد العرض يوما او يومين او ثلاثة فلا باس
به وهو قول الايمة الثلاثة وفي المنح لم ار فيه ترجيحا
وفي البحر واما المذهب فانه لو قضى بالنكول بعد
العرض مرة واحدة وهو الصحيح والاول اولى انتهى
ولا ترد يمين على مدع اذا نكل المدعى عليه عن اليمين
وعند الايمة الثلاثة ترد عليه عند نكوله فان
حلف قضى له والا لا ولا يقضى بشاهد ويمين وقال
الشافعي لو اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الاخر
ترد اليمين على المدعي فان حلف قضي له والا لا
لان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد
ويمين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة للمدعي ولنا بيان
واليمين على من انكر وهذا الحديث مشهور كما في
الملتقى ثم ضعفه الطحاوي وحديث الشاهد واليمين
غريب واول من قضى به معاوية رضي الله عنه ولم يقع
العمل

العمل به الا زمانه لعدم الحاجة اليه حتى لو قضى
القاضي به لا ينفذ ولا يحلف في نكاح اي نفس
النكاح او الرضى به او الامر به فلو ادعى احد من
الزوجين بلا بينة نكاحا على الاخر وهو منكر ورجعة
بان يدعي احد الزوجين بعد العدة على الاخر
انه راجعها في العدة والاخر ينكر فان ادعى الرجعة
في العدة يثبت بقوله في الحال كما في القهستاني وفي
وايلاء كما في نسخة المص لكن الاولى كما في سايحه
للموت وفي ايلا بدون الواو اي الرجوع في مدة
الايلا بان يدعي احدهما على الاخر بعد مدة الايلاء
انه قد رجع اليه في مدته والاخر منكر وفي القهستاني
فان اختلفوا قبل المدة يثبت الفي بقوله واستيلاد
اي طلب ولد بان يدعي احد من الامة والمولى والزوجة
والزوج انها ولدت منه ولدا حيا او ميتا كما في قاضي خان
لكن في الظاهر ان دعوى الزوج والمولى لم يتصور لان
النسب يثبت باقراره ولا عبرة لانكارها بعده ويمكن
ان يقال انه بحسب الظاهر لم يدع النسب كما دل عليه
تصويرهم كما في القهستاني ورق بان يدعي رجل على
مجهول الحال انه رقه او ادعى المجهول انه سيده وانكر
الاخر ونسب بان ادعى ان هذا ولده او والده او هو يدعي
عليه والاخر ينكر ولا استيلاد ولا العتاقة او ولا
الموالاة بان يدعي احد من المعروف والمجهول على الاخر
انه معتقه او مولاه فلا يحلف عند الامام في هذه
الامور لان المقصود من الاستحلاف القضا بالنكول
والنكول جعله بذلا او اباحة صيانة عن الكذب الحرام

والبدل لا يجري في هذه الامور عندهما وهو قول الائمة
الثلاثة يحلف لان النكول اقرار والظاهر انه يحلف
على تقدير صدقه فاذا امتنع عليه ظهر انه غير صادق
في انكاره اذ لو كان صادقا لاقدم عليه ولما كان النكول
اقرارا فالاقرار يجري في هذه الاشياء فيستحلف على صورة
انكار المنكر لا على دعوى المدعي حتى ان نكل يقضي بالنكول
وبه اي بقول الامامين يفتى كما في قاضيخان وهو اختيار
فخر الاسلام البزدوي معللا بعموم البلوى وفي النهاية
قال المتأخرون ان المدعي اذا كان متعنتا يأخذ القاضي
بقولهما ومظلوما بقوله ولا يستحلف في حد اتفاقا هو
خالص حق الله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة او مغلب
حقه تعالى كحد القذف فانه حق العبد فيه مغلوب فلو
ادعى على احد قذفه بالزنا فانكر لم يحلف الا اذا تضمن حقا
بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر
فادعى العبد انه قد زنى ولا بينة عليه يستحلف المولى
حتى اذا نكل يثبت العتق دون الزنا ذكره الزيلعي وصححه
الحلواني خلافا للسرخسي ولا في لعان ايضا بالاتفاق اذا
ادعت المراة على زوجها انه قذفها قذفا يوجب اللعان
وانكر الزوج لان اللعان قائم مقام حد الزنا في جانب
الزوج فلا يثبت بالنكول الذي هو اقرار مع شبهة والسارق
يحلف بالاتفاق عند ارادة اخذ المال ويقول فيه بالله
تعالى ما له عليك هذا المال وعن محمد ان القاضي يقول
للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع يقول في جوابه
ان الحدود لا يستحلف فيها وان قال اريد المال يقول له
دع دعوى السرقة وادع المال فان نكل عن الحلف ضمن

المال

المال ولا يقطع لان النكول اقرار مع شبهة فيعمل في الضمان
دون القطع كما اذا شهد رجل وامراتان على السرقة
والمال تقبل في المال دون القطع ويحلف الزوج اذا ادعت
الزوجة طلاقا بلا بينة لها عليه قبل الدخول اجماعا
لان مقصودها المال والاستحلاف يجري في المال
بالاجماع فان نكل ضمن الزوج نصف المهر وانما وضع
المسالة في الطلاق قبل الدخول لانه لو اطلق ينصرف
الى الطلاق الذي يلزم منه نصف المهر تاما
ويبقى امر الطلاق الذي يلزم منه نصف المهر مستعدا
فكشفه اي من لزوم الحلف في الطلاق بعد الدخول
بطريق الاولى فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده
اولى وكذا يحلف في النكاح اذا ادعت المراة مهرها
وانكر الزوج فلو نكل يلزم المهر ولا يثبت النكاح عند
الامام بخلاف الطلاق وكذا اذا ادعت النفقة بالنكاح
يستحلف فان نكل تلزم النفقة دون النكاح وفي النسب
اي يحلف في دعوى النسب ان ادعى حقا كارث ونفقة
بان ادعى رجل على رجل انه اخوه مات ابوهما وترك مالا
في يد المدعى عليه او طلب من القاضي فرض النفقة على
المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب
بالاجماع فان حلف برئ وان نكل قضي بالمال والنفقة
لا النسب ان كان النسب نسبا لا يصح الاقرار به
وان كان نسبا يصح الاقرار به فعلى الخلاف وغيرهما
بان كان صبي في يد رجل التقطه وهو لا يعبر عن
نفسه فادعت امراة حرة الاصل انه اخوها تريد
قصر يد الملتقط من حق الحضانة لارادة استحلافه

فكل يثبت به فيلحق نتل الصبي الي حجرها ولا يثبت النسب
وكذا العتق بسبب الملك بان ادعي عبد علي مولاه انه اعتق
لانه اخوه او اراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب
له انا اخوك فان المدعي عليه يستحلف علي ما يدعي بالاجماع
وفي القصاص اي يحلف جاحد القود في النفس والاطراف
بالاتفاق فان نكل عن دعوى في دعوى النفس لم يقتص منه بل
حبس حتي يقر فيقتص منه او يحلف فيطلق عن الحبس والا
يحبس ابدا وان نكل فيما دونها اي النفس يقتص منه وهذا
عند الامام لان الاطراف يسلك مسلك الاموال ولهذا ابيح
قطعها للحاجة ولم يجب علي القاطع الضمان اذا قطعها بامر
صاحبها بخلاف النفس فانه لو قتله بامره يجب عليه القصاص
في رواية والدية في اخرى واذا سلك بالاطراف مسلك
الاموال يجري فيه البذل كما يجري في الاموال كما في اكثر
المعتبرات وما قاله ابو المكارم من انه يتوجه عليه لزوم
قطع يد السارق بالنكول وقد مر انه لا يقطع ليس بوارد
لان قود الطرف حق العبد فيثبت بالشبهة كالاموال بخلاف
القطع في السرقة فانه خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت
بالشبهة فظهر الفرق تدبر وعندهما يضمن الارش فيهما اي
في صورتي دعوى النفس والاطراف لان النكول اقرار
عندهما لكن فيه شبهة البذل فيمتنع في الطرف ما فيه
شبهة القصاص كما في النفس فيجب المال لتعذر
القصاص مخصوصا اذا كان الامتناع لمعنى من جهة من
عليه كما اذا اقر بالخطا والولي يدعي العمد وعند الائمة الثلاثة
يقتص فيهما بعد حلف المدعي علي انه صادق في دعواه بناء
علي ما مر من اصلهم فان قال المدعي لي بينة حاضرة في
المص

المص وطلب يمين خصمه لا يحلف عند الامام وهو الصحيح كما في
المضمرات وغيره وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين
حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه يجيبه وللامام ان
ثبوت اليمين مرتب علي العجز عن اقامة البينة كما روينا
فلا يكون حقه دونه ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره
الخصاف ومع الامام فيما ذكره الطحاوي كما في اكثر المعتبرات
فعلي هذا يكره للمصنف ان يذكر الخلاف تدبر قيدنا
بالمص لانها لو كانت في مجلس الحكم لا يحلف بالاتفاق
وان كانت خارج المص يحلف بالاتفاق وفي المجتبى وقدرت
الغيبة بمسيرة السفر وفي المنح وحضورها في المص وهو محل
الاختلاف وظاهرها في خزانة المفتين خلافه فانه قال
الاستحلاف يجري في الدعاوى الصحيحة اذا انكر المدعي
عليه ويقول المدعي لا شهود لي او شهودي غيب او مرضى
وفي البحر ادعى الديون الايصال فانكر المدعي ولا بينة
فطلب يمينه فقال المدعي اجعل حقي في الختم ثم استحلفني
فله ذلك في زماننا ويكفل بنفسه اي يوخذ من المدعى
عليه كفيل بنفسه كيلا يغيب فيضيع حقه استحسانا
والقياس ان لا يكفل قبل اقامة البينة وهو مذهب
الشافعي ويجب ان يكون الكفيل معروفا ثقة ولا يتوهم
اختفاؤه بان يكون له دار معروفة وحانوت ملكا له وله ان
يطالب وكيلا بالخصومة حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة
علي الوكيل فيقضي عليه وصح ان يكون وكيلا وكفيلا فان الواحد
اعطاه فله ان يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل وان كان
المدعي منقولا فله ان يطلبه مع ذلك كفيلا بالعين
ليحضرها ولا يغيبه المدعي عليه وان كان عقارا لا

لايحتاج الي ذلك وفيه اشارة الي ان القاضي يكفله
ولو لم يطلبه المدعي وهذا اذا كان المدعي جاهلا بالخصومة
واما اذا كان عالما فلا يكفله القاضي بلا طلبه ثلاثة ايام
هذا ما روي عن الامام وهو الصحيح كما في الكافي وغيره
وصحح في الخانية انه الي جلوس القاضي مجلسا اخر وقيل
يفوض الي راي القاضي وهو الاشبه براي الامام ولا فرق
في الظاهر بين الوجيه والحقير وكذا بين القليل من
المال والكثير وعن محمد ان الخصم ان كان بحيث لا يخفي نفسه
بهذا القدر لا يجبر علي اعطاء الكفيل فيه بقوله لي بينة
حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتي لو قال المدعي لا بينة
لي او شهودي غيب لا يكفل اذ لا فائدة فيه بل يحلف فاذا
حضر شهوده ما حلف تقبل بينة المدعي وكذا لو قال المدعي
لا بينة لي وطلب يمين خصمه فحلفه القاضي فقال لي بينة فان
القاضي يقبل ذلك منه وقيل لا يقبل وفي البحر ادعي القاتل
ان له بينة حاضرة علي العفو اجل ثلاثة ايام فان مضت
ولم يات بالبينة وقال لي بينة غائبة يقضي بالقصاص
قياسا كالاموال وفي الاستحسان يوجل استعظاما لامر
الدم فان ابي عن اعطاء الكفيل لازمه مقدار مدة التكفيل
ودار معه اي مع الغريم حيث دار تفسير الملازمة وفي
البحر نقلا عن الصغري رايت في زيادات بعض المشايخ
ان الطالب لو امر غيره بملازمة مديونه فللمديون ان لا يرضي
عند الامام خلافا لهما وجعله فرعا لمسالة التوكيل بغير رضي
الخصم لكن لا يجلسه في موضع لان ذلك حبس وهو غير
مستحق عليه بنفس الدعوي ولا يشغله عن التصرف
بل هو يتصرف والمدعي يدور معه واذا انتهي المطلوب الي
داره

داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول الي اهله بل يدخل
المطلوب الي اهله والملازم علي باب داره وان كان
المطلوب غريبا يكفل او يلازم قدر مجلس القاضي الي ان
يقوم من مجلسه لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة
علي ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا
المقدار ظاهرا فان برهن في المجلس فبها والا يحلفه ان
شاء ويد عطا اليمين باسمه تعالي لا بطلاق وعتاق
لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف باسمه
او ليذر وقيل ان الح الخصم صح اليمين بهما اي بالطلاق
والعتاق في زماننا لقلة المبالاة باليمين باسمه تعالي
كما في الهداية لكن لا يقضي عليه بالنكول لانه نكل عما
هو منهي عنه شرعا حتي لو قضي لا ينفذ واما في بصيغة
المرتضي لان اكثر مشايخنا لم يجوزوه وفي البحر الفتوي علي عدم
التحليف بالطلاق والعتاق وهو ظاهر الرواية وفي
الخانية ومنهم من جوزه في زماننا والصحيح ما في ظاهر
الرواية انتهي وتغلظ اليمين بذكر صفاته اي صفات الله
تعالي مثل قوله والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب
والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية
ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه
وهو كذا وكذا ولا شيء منه ان شاء القاضي لان احوال الناس
فيه مختلفة فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر
عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك والاختيار في
صفة التغليظ الي القاضي يزيد فيه ما شاء وينقص ما
شاء الا انه يحتاط فيحترز من التكرار اي يحترز عن عطف
بعض الاسماء علي البعض لئلا تتعدد اليمين ولو امره بالعطف

ذات بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضي عليه بالنكول لان
المستحق يمين واحدة وقد اتى بها ولو لم يغلظ جاز وقيل
لا يغلظ على المعروف بالصلاح وقيل يغلظ في الخطير
من المال دون الحقير لا يغلظ بزمان على المسلم بان
يستحلف في اول الجمعة او اخرها او ليلة القدر لان فيه
تاخير الحق او مكان بان يستحلف بمسجد الجامع عند
المنبر لان المراد هو اليمين بالله تعالى والزيادة عليه
زايدة على النص وفي الحاوي القدسي ولا يستحب
تغليظ اليمين بهما انتهى وظاهره انه مباح لانه نفي
الاستحباب وهو لا يستلزم نفي الاباحة بخلاف
العكس لكن قال الزيلعي فلا يشرع تدبر وعند الايمة
الثلاثة يجوز ان يغلظ بهما ايضا ان كانت اليمين في
قسامة ولعان وفي مال عظيم ويحلف اليهودي بالله الذي
انزل التوراة على موسى او يحلف النصراني بالله الذي
انزل الانجيل على عيسى عليه السلام فيؤكد اليمين بذكر
المنزل بينهما او يحلف المجوسي بالله الذي خلق النار لانهم
يعظمون النار تعظيم العبادة فيؤكد بما يعتقدونه
ليتاكد فايدة اليمين وقيل ان المجوسي يحلف بالله لا غير كما لا
يستحلف بالله الذي خلق الشمس لان ذكر النار مع الله تعالى
يشعر بتعظيمها وما ينبغي ان يعظم بخلاف الكتابيين لان
كتب الله معظمة وعن الامام انه لا يستحلف احد الا بالله
خالصا ويحلف الوثني بالله فحسب اذ يقر بالله انه خالقه
لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى
ولئن سالتهم من خلقهم ليقولن الله كذا قالوا في المنح وغيره
ويشكل عليه ان الدهرية منهم لا يعتقدونه ولا دلالة

في الاية

في الاية على ما ذكر لان الوثني يعبد غير الله تعالى ويعتقد
ان الله تعالى خالقه انتهى لكن يمكن ان الدهري هو من يقول
بقدم الدهر ويسند الحوادث اليه ويقولون ان مبدا الكاينات
هو الله تعالى كما قيل فلم يلزم عدم اعتقاد الله تعالى
وعدم دلالة النص فلان الدهري يعتقدون الدهر القديم
هو الله تعالى فلم يلزم عدم اعتقادهم تامل ولا يحلفون
اي الكفار في معابدهم لان فيه تعظيما لها والقاضي ممنوع
عن ان يحضرها وكذا امينه لانها مجمع الشياطين لا انه
ليس له حق الدخول وفي البحر وقد افتيت بتعزير مسلم
لازم الكنيسة مع اليهود ويحلف المدعى عليه على الحاصل
هذا نوع اخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل
والسبب والضابط في ذلك اما ان كان مما يرتفع برافع
اولا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان
كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك
وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند الطرفين وعلى السبب عند
ابي يوسف كما سياتي ثم شرع في تفصيله فقال في البيع
والنكاح يحلف بالله ما بينكما بيع قايم في الحال اذا ادعى
انه اشتراه او نكاح قايم في الحال اذا ادعت النفقة فلو
ادعت النكاح كان المثال على مذهبهما في التحليف واما عند
الامام لا يحلف كما مر وفي الطلاق بالله ما هي باين منك
الان اذا ادعت الطلاق الباين فلو ادعت رجعيا حلف
على السبب لكنه خلاف الظاهر فانه يحلف على الحاصل
في الظاهر وفيه اشعار بان سبب الحاصل كما يتحقق
في ضمن فعل العقد يتحقق في ضمن فعل الامر من الافعال
الحسية كما في القهستاني وفي الغصب بالله ما يجب عليك رده

اي برد المغصوب وفي الوديعة بالله ماله هذا الذي ادعاه في
يدك وديعة ولا شيء منه اي من الذي في يدك ولا له قبلك حق
وفي الاختيار ويحلفه في الدين بالله ما له عليك من الدين
والقرض قليل ولا كثير لاحتمال انه ادى البعض او ابراه منه فلا
يحنث في يمينه على الجميع لا يحلف على السبب نحو اي يقول
في البيع بالله ما بعته لاحتمال انه باع ثم اقال لا يحلف وفي
النكاح بالله ما نكحت لاحتمال انه نكحها ثم خالعها او ابانها
ولا يحلف في الطلاق بالله ما طلقتها لاحتمال انه طلقها ثم
نكحها ولا يحلف في الغصب بالله ما غصبته لاحتمال انه غصب
ثم سلم او ملكه بالهبة او بالبيع ولا يحلف في الوديعة بالله ما
اودعتك هذا لاحتمال انه اودعه ثم رده او هلك في يده
بغير صنعه وفي هذه الصورة لا يحلف عند الطرفين على
السبب فلو حلف يتضرر المدعى عليه لانه لو حلف مثلا على
نفي البيع يكون كاذبا ولو لم يحلف يجب عليه تسليم المبيع
القايد الى ملكه بالاقالة فهكذا في البواقي خلافا لابي يوسف
فان عنده يحلف على السبب في جميع ذلك لان اليمين
تستوفى بحق المدعي فوجب ان يكون اليمين موافقة
لدعواه والمدعي هو السبب الا عند تعريض المدعى عليه بان
قال للقاضي لا تحلفني فان الانسان قد يبيع شيا ثم
يقيله ثم يحلف القاضي على الحاصل قيل ينظر الى انكار
المدعى عليه فان انكر السبب يحلف على السبب وان انكر الحكم
يحلف على الحاصل وعليه اكثر القضاة وقال فخر الاسلام
يفوض الى راي القاضي كما في الكافي وغيره فان كان في الاسبب
بابوا فوّت الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعي يحلف على
السبب اجماعا رعاية لجانبه كدعوى الشفعة بالجوار
ونفقة

ونفقة المبتوتة والخصم لا يراهما اي لا يرى الشفعة بالجوار
ونفقة المبتوتة بان كان شافعيا فانه يحلف على السبب
بالله ما اشتريت هذه الدار وما هي معتدة منك اذ لو حلف
على الحاصل بالله لا يجب الشفعة عليك وما بنت لا يجب
عليك النفقة يصدق في يمينه في اعتقاده فيفوت
النظر في حق المدعي لا يقال ان المدعى عليه قد يتضرر بسقوط
الشفعة بتاخير الطلب لانه لا بد للقاضي من الاضرار
باحدهما والاولى بالضرر المدعى عليه لانه متمسك بعارض
السقوط والمدعي بالاصل حيث اثبت حقه بالسبب الموجب
له من الشرع فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على
العارض وكذا يحلف على السبب اجماعا في سبب لا يرتفع
برافع بعد ثبوته كعبد مسلم يدعي العتق اي العتق
الواقع في اسلامه على سيده وهو ينكره فيحلف على
السبب بالله ما اعتقه [illegible] الدعوى وليس فيه
ضرر المدعى عليه اذ لا يتصور عوده الى الرق لانه اذا ارتد
يقتل والهرب الى دار الحرب نادر لا انه رواية عن ابي يوسف
وفي الاختيار ومن الافعال الحسية ان يدعي غيره انه
وضع على حائطه خشبة او بنى عليه او اجرى ماء على
سطحه او في داره او رمى ترابا في ارضه او شق في ارضه
نهرا فانه يحلف على السبب بالله ما فعلت كذا لان هذه
الاشياء لا ترتفع بخلاف العبد الكافر والامة فيحلف على
الحاصل بالله ما هو حر وما هي حرة الآن لان الرق يتكرر
على الامة بالردة واللحاق والسبي وعن ابي يوسف الحلف
على السبب وتمامه في الذخيرة ومن ورث شيا من غير علم
ذلك بعلم القاضي او اقرار المدعي او بينة المدعى عليه

وكذا العبد الكافر
ينتقض العهد واللحاق
والسبي

فادعاه الآخر ولا بينة لمدعي واراد تحليف الوارث حلف على
العلم اي علم المدعي عليه فيقال له القاضي بالله ما تعلم
ان هذا العبد له لا على البتات لان الوارث لا يعلم بما
صنعه المورث وهبة اما الي انه لا يحلف وارث الدين
قبل وصوله اليه خلافا للخصاف والاول المختار عند
الفقيه وقاضي خان والى انه لو لم يتحقق كونه ميراثا لحلف
على البتات لتحقق سببه من كون العبد في يده كما في
القهستاني وان شراه او وهب له فعلى البتات اي يحلف
المدعي عليه على البتات بالله ما هو عبده والاصل فيه
ان التحليف على فعل نفسه يكون على البتات اي انه
ليس كذلك والبتات القطع والتحليف على فعل غيره
على العلم اي انه لا يعلم انه كذلك الا انه اذا كان شيئا
يتصل بالحالف كما اذا ادعى رقه او اباقه يحلف البايع
على البتات بالله ما ابق ما سرق في يدي وهذا التحليف
على فعل الغير والاصح لان تسليمه سالما عن العيوب
واجب على البايع فالتحليف يرجع على ما ضمن البايع
بنفسه فيكون على البتات واذا ادعى سبق الشرا
يحلف خصمه على العلم اي انه لا يعلم انه اشتراه قبله
كما في المنح وغيره ولو افتدى المنكر يمينه او صالح عنها
اي عن اليمين على شيء صح الافتدا والصلح اذ رضي به
الخصم لان عثمان رضي الله عنه اعطى شيئا لمن ادعى عليه
اربعين درهما وافتدى يمينه ولم يحلف اذ لو حلف لوقع
على القيل والقال اذ الناس بين التصديق والتكذيب
على كل حال فاذا افتدى صان عرضه لقوله عليه
السلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم بعجب ارفعوا

واذا ادعى سبق الشرا يحلف خ

وامتنعوا

وامتنعوا ولا يحلف بعده اي ليس للمدعي ان يحلف بعد
ذلك لانه اسقط حقه باخذ البدل منه وفيه اشعار
بانه لا يجوز ان يبيع اليمين لانها لم تكن مالا فله ان
يستحلفه بعد ذلك كما في التنوير ولو اسقطه اي اليمين
قصدا بان قال بريت من الحلف او تركته عليه او وهبته
لا يصح وله التحليف

باب التحالف

لما ذكر
حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين اذ الاثنين
بعد الواحد ولو اختلفا اي المتبايعان في قدر الثمن
بان قال المشتري اشتريت بالف وقال البايع بعت
بالفين مثلا او في قدر المبيع بان قال البايع بعت
عبدا وقال المشتري عبدين وكذا الحكم لو اختلفا في
وصف الثمن وفي الجنس كما في الهداية فعلى هذا لو حذف
القدر لكان اشمل او فيهما اي في الثمن والمبيع جميعا
بان قال البايع بعت عبدا بالفين وقال المشتري
لا بل بعت عبدين بالف حكم لمن برهن اي يحكم القاضي
لمن اقام البينة منهما لان الجانب الاخر مجرد الدعوى
والبينة اقوى منها اذ هي متعدية حتى يوجب القضاء
فلا يعارضها مجرد الدعوى وان برهنا اي اقام كل منهما
البينة بما ادعاه فلمثبت الزيادة اي يحكم لمثبت الزيادة
لانه خال عن المعارض اما اذا كان الاختلاف في
احدهما فظاهر واما فيهما فحجة البايع في الثمن الاكثر
وحجة المشتري في المبيع الاكثر اولى فيحكم بعبدين
للمشتري وبالفين للبايع وان عجزا اي البايع والمشتري
عن اقامة البرهان قيل لهما اما ان ترضى احدكما
بدعوى الاخر والا فسخنا البيع لان المقصود قطع

تلع المنازعة وهذا وجه في طريق قطع المنازعة فيجب ان
لا يعجل القاضي بالفسخ فان لم يرض والانسب بالواو احدهما
بدعوى الاخر تحالفا اي استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى
صاحبه فان قال قبل القبض فهو قياسي لان كلا منهما منكر
واما بعده فاستحساني فقط لان المشتري لا يدعي شيئا لان
المبيع سالم بقي دعوى البايع في زيادة الثمن والمشتري ينكره
فيكتفي بحلفه لكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة
والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها
تحالفا وترادا كما في البحر وغيره لكن ما في القهستاني نقلا
عن المضمرات من ان التحالف يصح قبل قبض المبيع فهذا
استحسان فان المشتري ينكر وجوب تسليمه والقياس ان
يصح لانه ملك المبيع ولا يصح بعد قبضه قياسا واستحسانا
تخالفهما في البحر وغيره تتبع فانما قال المصنف ان لم يرض
احدهما ولم يقل وان لم يرضيا كما في الكنز وغيره لان شرط
التحالف عدم رضى واحد لا عدم رضى كل منهما كما لا يخفى كما في
البحر وغيره فعلى هذا ما قاله صاحب الفرايد من انه كان
المناسب وان لم يرضيا الى اخره ليس بوارد تدبر وبدا اي
القاضي بيمين المشتري في الصور الثلاث لو بيع عين
بدين هذا قول محمد وزفر وابي يوسف اخرا وهو رواية
عن الامام وهو الصحيح لانه اقواهما انكارا لانه المطالب
اولا بالثمن فيكون هو البادي بالانكار وكان ابو يوسف
يقول اولا يبتدأ بيمين البايع وهو قول الشافعي في الاصح
وقيل يقرع بينهما هذا اذا كان بيع عين بدين وان كان
بيع عين بعين او ثمن بثمن فالقاضي مخير لاستوائهما وعن
هذا قال وفي المقايضة اي في بيع العين بالعين يبدا

القاضي

القاضي بايهما شاء لاستوائهما في فائدة النكول وصفة
النكول اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ولقد باعه
بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه
بالف بضم الاثبات الى النفي تاكيدا او الاقتصار على النفي
لان الايمان وضعت للنفي كالبينة للاثبات ومن نكل
من البايع والمشتري لزمه دعوى صاحبه بالقضاء لان
النكول اما بذل واما اقرار فيه شبهة فيتقوى بالقضاء
يكون حجة ملزمة وان حلفا اي المتبايعان فسخ القاضي
البيع بطلب احدهما او كليهما فلا ينفسخ البيع بنفس التحالف
وقيل ينفسخ البيع والاول هو الصحيح لانه لم يثبت ما ادعاه
كل واحد منهما فيبقى بيع كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول
فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل
بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع
فلو كان المبيع جارية وطئها ولو فسد بنفس التحالف لم يحل
له وقيد بطلب احدهما لانه لا يفسخه بدون طلب احدهما
لا يكفي كما في البحر ولا تحالف لو اختلفا في الاجل سواء كان
في الاجل او في قدره خلافا لزفر والشافعي او اختلفا
في شرط الخيار سواء كان وجوده بان ادعى احدهما البيع
بالخيار والاخر ينكره او في مدته او قبض بعض الثمن اي
لا تحالف عند اختلافهما بان قال المشتري بعضه او كله
والبايع ينكره فيحلف المنكر في الصور الثلاث لان هذا
اختلاف في اداء جميع الثمن يحلف المنكر فحسب بخلاف الاختلاف
في وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف
في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس
الثمن لان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك

ولو فسخاه انفسخ بلا توقف على القاضي وان لا فسخ احدهما

التمرد في الثمن
لا اذا وقع الاختلاف
في اداء جميع الثمن

الاجل لانه ليس بوصف ولا يتحالف لو اختلفا في قدر الثمن
بعد هلاك كل المبيع في يد المشتري لانه لو هلك في يد
البايع تحالفا على القايم عندهم وحلف المشتري عند الشيخين
على الصحيح هذا اذا كان الثمن دينا واما اذا كان عينا
يتحالفان بالاتفاق لان المبيع في احد الجانبين قايم
ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن وهذا
اذا هلك بعد القبض وان هلك قبله وكان الثمن مقبوضا
يتحالفان اتفاقا وعند محمد والشافعي يتحالفان ويفسخ
العقد وتلزم القيمة اي قيمة الهالك يوم القبض لان كلا
منهما يدعي عقدا ينكره الاخر فيتحالفان ولهما ان التحالف
بعد قبض المبيع بخلاف القياس ولا نفعه في حال هلاك
السلعة وفي القهستاني نقلا عن المبسوط وهلاكه
شامل لخروجه عن ملك المشتري او زيادته زيادة متصلة
متولدة او غير متولدة او منفصلة متولدة فانهما لا يتحالفان
عندهما ويتحالفان عنده وينفسخ على العين في المتصلة
المتولدة من الاصل كالسمن وعلى العين او القيمة في
متصلة غير متولدة منه كالصبغ وعلى القيمة في
المنفصلة المتولدة كالثمر واما في منفصلة غير متولدة
منه كالكسب فيتحالفان ويفسخ على العين بالاجماع
وكذا الخلاف فلو تعذر الرد وهو اي المبيع قايم بعينه
لو تعيب بحدوث العيب عنده وصار بحال لا يقدر على رده
مع العيب ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان عندهما بل
القول للمشتري وعند محمد والشافعي يتحالفان فيفسخ
البيع على قيمة الهالك وكذا لو خرج المبيع عن ملكه ولا
تحالف بعد هلاك بعضه اي بعض المبيع بعد قبض

الجميع

الجميع عند الامام كعبدين مات احدهما قبل نقد الثمن عند
المشتري فقال البايع الثمن الف وقال المشتري بل خمسماية
لان التحالف بعد القبض مشروط بقيام السلعة وهي اسم
لجميع المبيع فاذا هلك بعضه فقد الشرط بل يحلف المشتري
لانكاره زيادة الثمن الا ان يرضى البايع بترك حصة
الهالك اي لا ياخذ من ثمن الهالك شيا ويجعله كان لم يكن
والعقد كانه على القايم فقط فيكون الثمن كله بمقابلة
القايم فيتحالفان وهو قول لعامة المشايخ والاستثنا
ينصرف الى قوله لا يحالف كما هو الظاهر وهو الموافق لما في
المبسوط وفي الجامع الصغير اذا اختلف بعد هلاك احدهما
لم يتحالفا فالقول للمشتري مع يمينه عند الامام الا ان شا
البايع ان ياخذ حصة الحي ولا شي له قال ابو الكادم ومعنى
الاستثنا على قول هولا المشايخ اي لا ياخذ من ثمن الهالك
شيا اصلا على ما صرح في الكافي وكان غرضهم من هذا
التفسير صرف الاستثنا الى قوله لم يتحالفا كما هو مختارهم
وفيه تامل وعلى قول غيرهم من المشايخ انه لا ياخذ البايع
من الزيادة المتنازع فيها وانما ياخذ عن الهالك بقدر ما
اقر به المشتري فالاستثنا ينصرف الى قوله مع يمينه فانه
اذا اخذ ما اقر به المشتري واخذ الحي فقد صدق المشتري
وارتفع الخصومة فلا يحلف المشتري ولا يخفى ان الاستثنا
المذكور في المتن لا يصلح لهذا التفسير اذ لم يذكر فيه
اخذ البايع الحي وفي تقديره تعسف وعندهما يتحالفان
ويرد الباقي ان هلف لكن اختلفوا في تفسير التحالف
عند ابي يوسف يتحالفان على القايم لا الهالك لان العقد
وردوني لا في الثاني وهذا الثني يصحح لان للمشتري

لوحلف بالله ما اشتريت القايم بحصته من الثمن الذي
يدعيه البايع يكون صادقا فيه لان من اشترى شيئين
بالف اذا حلف انه ما اشترى احدهما كان صادقا وكذا
البايع لو حلف بالله ما بعت القايم بحصته من الثمن الذي
يدعيه المشتري يكون صادقا فيه فلا يفيد التحالف بل
الوجه ان يحلف على القايم والهالك ويقول والله ما
اشتريتهما بما يدعيه البايع فان نكل لزمه دعوى البايع
وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه
المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف ينفسخان
العقد في القايم ويسقط حصته من الثمن وتلزم
المشتري حصة الهالك لانه يجب عند الانفساخ والعقد
لم ينفسخ في الهالك عنده فيقسم الثمن الذي اقر به
المشتري عليهما على قدر قيمتهما يوم القبض وعند محمد
يتحالفان عليهما ويفسخ فيهما ويرد القايم مع قيمة الهالك
يوم القبض لان هلاك الكل لا يمنع التحالف عنده على
ما مر فهلاك البعض اولى والقول للمشتري مع يمينه اذا
اختلفا في حصة الهالك عند ابي يوسف فتلزم قيمته اي
الهالك عند محمد كما مر وتعتبر قيمتهما اي قيمة القايم والهالك
في الانقسام اي انقسام الثمن عليهما يوم القبض فيسقط
عنه حصة القايم بقدر قيمته وتلزمه حصة الهالك بقدر
قيمته وان اختلفا في قيمة الهالك فيه فقال المشتري
قيمته يوم القبض خمسماية وقيمة القايم الفا وقال البايع
على فالقول للبايع مع يمينه لان البايع بدعواه يبقي
ما كان واجبا والمشتري بدعواه يسقط ما كان واجبا
وكان البايع متمسكا بالاصل فوجب اعتبار قوله وان

برهنا

مع الثمن الذي اقر به المشتري على القايم والهالك صح

فان استويا يلزمه نصف الثمن الذي اقر به المشتري وان اختلفت القيمتان يوم القبض ... صح

برهنا على قيمة الهالك فبرهانه اي برهان البايع اولى لانها
اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وان
اختلفا اي العاقدان في قدر الثمن بعد اقالة البيع فقال
المشتري كان الفا وقال البايع خمسماية ولا بينة لهما تحالفا
وعاد البيع الاول حتى يكون حق البايع في الثمن وحق
المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة فلا يجب على واحد
منهما ان يرد على صاحبه شيئا ان لم يقبض البايع المبيع قيل
ينبغي ان لا يتحالفا في اقالة البيع لان التحالف ثبت
بالبيع المطلق بالحديث والاقالة فسخ في حق العاقدين
فلم يثبتا وله النص واجيب ان التحالف قبل قبض المبيع
ثبت قياسا لان كل واحد مدع ومنكر عليهما ما مر فصار التحالف
معقولا فوجب القياس على المنصوص عليه كما قسنا
الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة
على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البايع
غير المشتري ولا كذلك بعد القبض لانه على خلاف
القياس القياس فعن هذا قالوا ان قبضه اي ان قبض
البايع للمبيع بعد الاقالة ثم اختلفا فلا تحالف عند
الشيخين ويكون القول للمنكر مع يمينه خلافا لمحمد لانه
يرى النص معلولا بعد القبض ايضا ولو اختلفا في قدر
راس المال بعد اقالة السلم لا يتحالفان فالقول للمسلم
اليه فيه اي في قدر راس المال لانكاره الزيادة اعتبارا
لساير الدعاوى ولا يعود السلم لان الاقالة في باب
السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود بخلاف البيع
ولو اختلفا اي المؤجر والمستاجر في قدر الاجرة بان قال
المستاجر درهم وقال المؤجر درهمان او المنفعة بان قال

والثمن صح

الموجر والموجر مدة الاجارة شهر وقال المستاجر شهران اوفيهما اي في قدر الاجرة والمنفعة معا بان قال الموجر اجرتك
الدار شهرا بدرهمين وقال المستاجر استاجرتها شهرين
بدرهم قبل استيفا المنفعة تحالفا وترادا اذ الاجارة
مقيسة على البيع لان العين المستاجرة في الاجارة
قايمة مقام المنفعة في ايراد العقد وكذا الامر في فسخه
فالمعقود عليه قبل استيفاء المنفعة يكون قايما تقديرا
وبدا بيمين المستاجر ان اختلفا في الاجرة لكونه منكرا
وجوب ما يدعيه الموجر من الزيادة وبدا بيمين الموجر لو
اختلفا في المنفعة لكونه منكرا وجوب زيادة المنفعة
وفيه اشارة بانه يحلف او لا من يدعي اولا ان اختلفا
فيهما وان ادعيا معا يحلف من شاء وان شاء اقرع بينهما
كما في البيع وايهما نكل لزمه دعوى الاخر كما هو مقتضى
النكول وايهما برهن قبل برهانه وان برهنا فحجة المستاجر
اولى لو اختلفا في المنفعة وحجة الموجر اولى لو اختلفا في
الاجرة نظرا الى اثبات الزيادة وتقبل حجة كل واحد منهما
في فضل يدعيه لو اختلفا في الاجرة والمنفعة معا بان
ادعى الموجر ان مدتها شهر بعشرة والمستاجر ان مدتها
شهران بخمسة فيقضى بعشرة للموجر وشهرين للمستاجر
ولو اختلفا بعد استيفا المنفعة لا يتحالفان اتفاقا والقول
للمستاجر مع يمينه لانكاره الزيادة هذا عند الشيخين ظاهر
لان التحالف عندهما بعد قبض المبيع على خلاف القياس
فلا تقاس الاجارة هنا عليه اذ هلاك المعقود بالاستيفا
يمنع التحالف على اصلهما بخلاف ما في صورة المقيس حيث
وجد المعقود عليه وكذا على اصل محمد لان الهلاك انما

لا يمنع

عنده في المبيع لما ان قيمته تقوم مقامه فيتحالفان عليها
ولا كذلك التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع
لا يتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين ان لا عقد واذا امتنع
فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه ولو
اختلفا بعد استيفا البعض اي بعض المنفعة يتحالفان
فيما بقي اعتبارا للبعض بالكل وتفسخ الاجارة فيما بقي من
المنافع لامكان الفسخ وهذا ايضا في تمام ان هلاك بعض المعقود
عليه يمنع التحالف عند الامام لان الاجارة تنعقد ساعة
فساعة على حدوث المنفعة فكان كل جزء من المنفعة فكان
كل جزء من المنفعة بمنزلة معقود عليه فيما بقي من المنفعة
كمعقود عليه غير مقبوض فيتحالفان في حقه بخلاف ما اذا هلك
بعض المبيع لانه بجميع اجزائه معقود واحد فاذا تعذر الفسخ
في بعضه بالهلاك تعذر في كله ضرورة والقول للمستاجر
مع اليمين فيما مضى لانه منكر لما يدعيه الموجر من زيادة الاجرة
وان اختلفا اي المولى والمكاتب في قدر بدل الكتابة
بعدما اتفقا على عقد الكتابة لا يتحالفان عند الامام
لان التحالف في المعاوضات عند تجاحد الحقوق اللازمة
وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب لان له ان يرفعه عن
نفسه بالعجز فلم يكن في معنى البيع والقول للعبد مع
يمينه لانكاره الزيادة وان اقام احدهما بينة قبلت وان
اقاماها فبينة المولى لاثباتها الزيادة لكن يعتق باداء
قدر ما برهن عليه ولا يمتنع وجوب بدل الكتابة بعد
عتقه كما لو كاتبه على الف على انه ان ادى خمسماية عتق
وكما لو استحق البدل بعد الاداء كما في البحر وقالا وهو قول
الائمة الثلاثة يتحالفان وتفسخ الكتابة لاختلافهما

مطلب اختلف الزوجان في متاع البيت

[illegible]

في بدل عقد يقبل الفسخ فكان بمنزلة البيع وان اختلفا
الزوجان في متاع اهل البيت والمراد بالمتاع هنا ما ينتفع
به من نفسه او ما يحصل منه كالعقار وغيره وادعى كل انه له
ولا بينة لاحد فالقول لها اي للزوجة بلا خلاف مع اليمين
فيما صلح لها اي ما يختص بالنساء عادة كالدرع والاسورة
والخمار والملاءة والحلي ونحوها لان الظاهر شاهد لها الا ان
يكون الزوج يبيع ما يتعلق بالنسا فالقول له لتعارض ~
الظاهرين وله اي القول للزوج مع اليمين فيما صلح له
كالعمامة والقلنسوة والقبا والسلاح والكتب ونحوها
لان الظاهر شاهد له الا اذا كانت الزوجة صانعة
او بايعة ما يصلح له فلا يقبل قوله وفي الخانية لو اختلفا
في متاع النساء واقاما البينة يقضى للزوج او فيما صلح لهما
اي والقول للزوج فيما اصلح لهما كالمنزل والفرش والرقيق
والاواني والعقار والمواشي والنقود لان الزوجة وما في
يدها في يد الزوج والقول في الدعاوي لصاحب اليد
بخلاف ما يختص بها فان الاختصاص اقوى من اليد
وفي البحر وبعلم ان البيت للزوج الا ان تكون لها بينة
وفي الخانية ولو اقاما البينة يقضى ببينتها لانها خارجة
معنى اطلق الزوجين فشمل المسلمين والمسلم مع الذمية
والحرين والمملوكين والمكاتبين كما سيأتي والصغيرين اذا
كان الصغير يجامع وشمل اختلافهما حال بقاء النكاح وما
بعد الفرقة ومما اذا كان البيت ملكا لها او لاحدهما
خاصة لان العبرة لليد لا للملك وفي القنية افترقا وفي
بيتها جارية نقلها مع نفسها واستخدمتها سنة والزوج
عالم به ساكت ثم ادعاها فالقول له لان يده كانت

ثابتة

ثابتة ولم يوجد المزيل لها وهو بعلم ان سكوت الزوج عند
نقلها ما يصلح لهما لا يبطل دعواه كما في البحر وقيد باختلاف
الزوجين للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه فان
امتاع النسا بينهن على السوا ان كن في بيت واحد وان
كانت كل واحدة منهن في بيت على حدة فما في بيت كل امراة
بينها وبين زوجها على ما وصفنا ولا يشترك بعضهن مع
بعض كما في خزانة الاكمل هذا اذا كانا حيين وبعد موت
احدهما اي الزوجين ثم اختلف وارثه مع الحي فالجواب
في غير المشكل على ما مر والقول في المشكل اي فيما يصلح لهما
للحي مع اليمين ايهما كان لانه لا يد للميت فبقيت يد الحي
بلا معارض وهذا عند الامام وعند ابي يوسف كذلك
اي القول للزوج فيما صلح لهما في الزائد على جهاز مثلها
وفي جهاز مثلها لها اي القول للزوجة اذا كانت حية
او لورثتها بعد موتها اي يدفع في المشكل الى الزوجة
او الى ورثتها ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه
او لوارثه عنده لان الظاهر ان الزوجة تاتي بالجهاز وهذا
اقوى من ظاهر يد الزوج وكذا يا خذ الباقي لعدم ~
المعارض لظاهره والحياة والموت في المشكل عنده
سوا وعند محمد للرجل او لورثته اي ما كان للرجال
فهو للرجال وما كان للنسا فهو للمراة وما يكون لهما
فهو للرجل ان كان حيا او لورثته ان كان ميتا لقيام
الورثة مقام المورث واما اختلافهما في غير متاع
البيت وكان في يديهما فانهما كالاجنبيين يقسم
بينهما وفي القهستاني وعند زفر والشافعي ان المشكل
بينهما وعنهما ان المتاع كله كذلك واليه ذهب مالك

وقال ابن ابي ليلى ان المشكل للزوج حيا وله ورثته ميتا
وقال ابن شبرمة ان المشاكلة له الا ما على المرأة من
الثياب وقال الحسن البصري ان المتاع لصاحب البيت
الا ما على الرجل من الثياب فهذه مثمنة كتاب
الدعوى او مسبعة انتهى واعلم ان الاب لو ادعى بعد
موت ابنته ان الجهاز كان عارية لها والزوج انه
كان ملكا فالقول للاب على الصحيح الا اذا استمر العرف
بدفع الجهاز ملكا لا عارية فالقول لها ولورثتها من
بعدها ولو اختلف الاب وابنه فيما في البيت قال ابو
يوسف اذا كان الاب في عيال الابن في بيته فالمتاع
كله للابن كما لو كان الابن في بيت الاب وعياله
فمتاع البيت فالقول قول المستاجر مع يمينه وليس
للاب ولو اختلف الموجر والمستاجر في متاع البيت
للموجر الا ما عليه من ثياب بدنه ولو اختلف اسكافي
وعطار في آلات الاساكفة وآلات العطارين وهي
في ايديهما قضي بينهما نصفين ولا ينظر الى ما يصلح
لكل واحد منهما وان كان احدهما اي احد الزوجين
مملوكا سواء كان ماذونا او مكاتبا او محجورا فالكل اي
كل المتاع للحر في حال الحياة لان يد الحر اقوى وللحي
منهما في الموت اي موت احدهما لان يد الحي خالية
عن المعارض كما في عامة شروح الجامع وذكر السرخسي
انه سهو والصواب انه للحي مطلقا لكن اختار صاحب
الهداية قول العامة فاقتفى صاحب المتون اثره هذا
عند الامام وقالا المأذون والمكاتب كالحر لان لهما
يدا معتبرة في الخصومات حتى لو اختصما في شيء هو
في ايديهما يقضي بينهما بخلاف ما كان عند المحجور
حيث

حيث يقضي للحر لا للعبد وقوله فالكل مشيرا الى ان الخلاف
فيما اذا اختلفا في مطلق المتاع على ما ذكر فخر الاسلام
كما في المصفى لكن في الحقائق ان الخلاف فيما اذا اختلفوا
في الامتعة المشكلة كما في القهستاني وفي التنوير
اعتقت الامة واختارت نفسها فما في البيت قبل العتق
فهو للرجل وما بعد العتق قبل ان تختار نفسها فهو
على ما وصفنا في الطلاق رجل معروف بالفقر والحاجة
مار بيده غلام وعلى عنقه بدرة وذلك بداره فادعاه
رجل عرف باليسار فادعاه صاحب الدار فهو للمعروف
باليسار وكذا الكناس في منزل رجل وعلى عنقه
قطيفة يقول هي لي وادعاها صاحب المنزل فهي
لصاحب المنزل رجلان في سفينة فيها دقيق فادعى
كل واحد السفينة وما فيها واحدهما يعرف ببيع
الدقيق والآخر يعرف بانه ملاح فالدقيق للذي
يعرف ببيعه والسفينة لمن يعرف انه ملاح وتمامه
في المنح فليطالع

فصل في بيان احكام دفع الدعاوى

قال ذو اليد في جواب من ادعى شيئا في يده
ان هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او اعارنيه او اجرنيه
او رهننيه او غصبته منه اي من فلان الغائب وبرهن
على ذلك المذكور اندفعت خصومة المدعي لانه اثبت
امرين احدهما الملك للغائب وهو غير مقبول شرعا والآخر دفع
خصومة المدعي وهذا مقبول وقال ابن شبرمة لا
تسقط خصومة المدعي لان البينة تثبت الملك للغائب
ولا ولاية له على غيره في ادخال شيء في ملكه بلا رضاه
وقال ابن ابي ليلى تسقط الخصومة بلا بينة لانه اقر

فيما اقر به على نفسه فتبين ان يده يد حفظ لا يد خصومة
وقال ابو يوسف فيمن عرف بالحيل جمع حيلة لا تندفع
الخصومة وبه يؤخذ واختاره في المختار ان المدعى عليه
ان كان صالحا فكما قال الامام وان كان معروفا بالحيل
لا تندفع عنه لانه قد ياخذ مال الغير غصبا ثم يدفعه
سرا الى من يريد ان يغيب ويقول اودعه عندي بحضرة
الشهود فقصد ابطال حق الغير فلا تقبل بينته لهذه
التهمة وان قال الشهود اودعه من لا نعرفه لا تندفع
الخصومة اتفاقا بالاجماع لاحتمال ان يكون المدعي من اودعه
بخلاف قولهم اي قول الشهود نعرفه اي المودع بوجهه
لو رأيناه لا باسمه ونسبه حيث تندفع الخصومة
عند الامام لان القضاء لا يقع على الغائب ليشترط
العلم بنفسه ونسبه وانما يقتضي على المدعي بالدفع
عن ذي اليد وهم معلومات وهو ثابت وهو ثابت
ببينة انه ليس بخصم لهذا المدعي خلافا لمحمد فانه
قال لا تندفع الخصومة معروفا كان بالحيلة او لا واعنا
تندفع اذا عرف الشهود ذلك الرجل باسمه ونسبه لان
الخصومة توجهت على ذي اليد بظاهر يده ولا تندفع
الا بالحوالة على رجل يمكن اتباعه والمعروف بالوجه لا يكون
معروفا فصار هذا بمنزلة قول الشهود لا نعرفه اصلا
وفي البزازية وبقول الائمة على قول محمد هذه المسئلة
تسمى مخمسة كتاب الدعوى لاشتمالها على قول
الامام وابي يوسف ومحمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة
كما تدري اولان صورها خمس وديعة واجارة واعارة
ورهن وغصب كما في اكثر الكتب لكن في تلخ هذا اذا ادعى

للدعي

ملكا مطلقا في العين كما افاده عدم تقييده ويرد عليه
ما سيأتي من المسائل القابلة لهذه ومن المعلوم ان فرض
هذه المسئلة بعد اقامة المدعي البرهان لما تقرر في كلامهم
من ان الخارج هو الطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعى
عليه للدفع قبله وحاصله ان المدعي لما ادعى الملك المطلق
فيما في يد المدعى عليه انكره وطلب من المدعي البرهان
فاقامه فلم يقض القاضي به حتى دفعه المدعى عليه بما
ذكر وبرهن على الدفع وفي البحر كذا الحكم لو قال وكلني
صاحبه بحفظه كما في المبسوط وكذا الحكم لو قال اسكنني
فيها فلان الغائب وكذا الحكم لو قال سرقته منه او ضل
منه فوجدته كما في الخلاصة فالصور عشر وبه علم
ان الصور لم تنحصر في الخمس فالاولى ان يفسر المخمسة بالاقوال
ولو قال ذو اليد شريته منه اي من فلان الغائب لا تندفع
الخصومة لكون يده يد خصومة لاعترافه بسبب الملك
وهو الشرى وكذا لا تندفع الخصومة لكون يده يد خصومة
لاعترافه بسبب الملك لو قال المدعي سرقته بالخطاب
او غصبته مني فقال ذو اليد اودعنيه فلان الغائب
وان وصلية برهن ذو اليد على ايداع الغائب لان
المدعي لما قال لصاحب اليد غصبته صار ذو اليد خصما
باعتبار دعوى الفعل عليه وفيه لا يمكن الخروج عنها
بالاحالة على الغير لان اليد في الخصومة فيها ليس بشرط
حتى تصح دعواه على غير ذي اليد ولا تندفع الخصومة
بالتفاتة يده محققة بخلاف الملك المطلق وكذا لا تندفع
ان قال المدعي سرق مني على البناء للمفعول عند
الشيخين استحسانا خلافا لمحمد وهو القياس لانه لم

بيع الفعل عند ذي اليد بل على مجهول فصار كما لو قال غصب
مني على البناء للمفعول فلهما ان ذكر الفاعل فيستدعي الفاعل
لا محالة والظاهر انه ذو اليد لانه لم يعينه درأ للحد عنه
فصار كانه قال له سرقته مني بخلاف الغصب فانه لا حد
فيه فلو قضي عليه ثم حضر الغايب فاقام البينة تقبل
لانه لم يصر مقضيا عليه وانما قضي على ذي اليد فقط
وفي التنوير قال في مجلس الحكم انه ملكي ثم قال في مجلسه
انه وديعة عندي من فلان تندفع مع البرهان على
ما ذكر ولو برهن المدعي على مقالته الاولى يجعله خصما
ويحكم عليه لسبق اقراره ويمنع من الدفع ولو قال المدعي
ابتعته من زيد وقال ذو اليد اودعنيه هو اي زيد
اندفعت الخصومة بلا حجة لانهما اتفقا على ان الملك
في الاصل لغيرهما فيكون وصوله الى صاحب اليد من
جهة زيد البايع فلا تكون يده يد خصومة الا اذا برهن
المدعي ان زيدا وكله بقبضه فح لا تندفع وتصح دعواه
لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها ولو صدقه ذو اليد يعني بلا بينة
في شرائه منه لا يامره القاضي بالتسليم اليه حتى لا يكون
قضاء على الغايب باقراره وهو عجيبة وفي البحر قيد
بتلقي اليد من الغايب للاحتراز عما اذا قال ذو اليد اودعنيه
وكيل فلان ذلك لم تندفع الا ببينة لانه لم يثبت تلقي
اليد ممن اشترى فصحت لانكار ذي اليد ولا من جهة وكيله
لانكار المدعي وكذا لو اثبت بالبينة انه دفعها الى الوكيل
ولم يشهدوا ان الموكل دفعها الى ذي اليد وتقييده بدعوى
الشراء من الغايب اتفاقي ففي البزازية ادعى انه له
غصبه منه فلان الغايب وبرهن عليه وزعم ذو اليد

ان هذا

ان هذا الغايب اودعه عنده اندفعت الخصومة لاتفاقهما
على وصول العين من غيره وان لان صاحب اليد ذلك
الرجل بخلاف ما لو كان مكان دعوى الغصب دعوى
السرقة فانه لا تندفع بزعم ذي اليد ايداع ذلك الغايب
في الاستحسان

باب دعوى الرجلين

لما فرغ من دعوى الواحد ذكر دعوى ما زاد عليه والواحد
قبل ما زاد لا تعتبر بينة ذي اليد في الملك المطلق وهو
ان يقول في دعواه ان هذا ملكي ولم يبين سبب ملكه
وبينة الخارج فيه اي في المطلق احق بالاعتبار وبه قال
احمد وقال الشافعي ومالك بينة ذي اليد احق لاعتضادها
باليد قلنا ان البينة شرعت للاثبات وبينة الخارج
اكثر اثباتا لانه لا ملك لدعي المدعي بوجه وذو اليد
له ملك عليه باليد فترجحت بينة الخارج بكثرة ثبوته
الا اذا ادعى ذو اليد مع الملك فعلا كالعتق والتدبير
والاستيلاد فبينة ذي اليد اولى بخلاف الكتابة كما
سياتي فقيد بالمطلق لاستوائهما في المقيد بالسبب فهنا
ان وقتا او لم يوقتا باتفاق برهنا اي الخارجان
على ما في يد اخر اي لو برهن خارجان على عين في يد
ثالث منكر بعد ادعاء كل منهما ملكا مطلقا فاقاما البينة
قضي به اي بهذا الشيء لهما بطريق الاشتراك عندنا
لقبول الشركة على ما ذكرنا صفة لان النبي صلى الله عليه
وسلم قضى بناقة بينهما بنصفين لاستوائهما في سبب
الاستحقاق ولم يامر عليه السلام بالقرعة لان استعمال
القرعة في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخت بحرمة القمار
اذ تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار وكذا تعيين

المستحق لخروج القرعة بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي
ولاية التعيين بغير قرعة وانما يقرع لتطييب القلوب
ونفي تهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار
خلافا للشافعي واحمد كما سيأتي ولو برهنا على نكاح امراة
سقطا لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك واذا
تهاترا فرق القاضي بينهما حيث لا مرجح واذا تهاترا وكان
قبل الدخول فلا شيء على كل واحد منهما كما في البحر وهذا
مقيد بما اذا كانت المدعيان حيين والمراة اما لو برهنا
عليه بعد موتها ولم يؤرخا او ارخا واستوى تاريخهما
فانه يقضى بالنكاح بينهما وعلى كل واحد نصف المهر ويرثان
ميراث زوج واحد فان جاءت بولد يثبت النسب منهما
ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل وهما يرثان
من الابن ميراث اب واحد كما في المنح وهي اي المراة
لمن صدقته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الـ
الزوجين اذا لم تكن المراة المتنازع فيها في يد من كذبته
ولم يكن دخل من كذبته بها واما اذا كانت في يد الاخر
او دخل بها فلا اعتبار بالتصديق لانه دليل على سبق
عقده كما في المنح فان ارخا اي المدعيان لنكاحها وكان
تاريخ احدهما سابقا فالسابق احق بها من الاخر
لانه لا معارض في هذا الزمان فيكون القضا للسابق
اذ عقد اللاحق وبرهانه باطل ولا يعتبر ما ذكر من كونها
في يده او دخل بها ولو ارخ احدهما فقط فانها لمن اقرت
له كما لو ارخ احدهما وللاخر يد فانها للذي اليد كما في
البزازية وان اقرت المراة بان زوجية لاحدهما قبل
البرهان فهي اي المراة له لتصادقهما عليه فان برهن

الاخر

الاخر اي الذي لم تقر له بعد ذلك اي بعد الاقرار للاول
قضي له اي للمبرهن لقوة البرهان فان برهنا بعد
الاقرار فالسابق اولى وان برهن احدهما على نكاحها
فقضي له بالنكاح ثم برهن الاخر على انه نكحها لا يقبل
برهانه اذ لا ينقض شيء بمثله وههنا صار الاول اقوى
لاتصال القضاء به الا وقت ان يثبت ذلك الاخر ببينته
سبقه اي سبق نكاحه اياها على نكاح الاول فيقضى
له لتيقن الخطا في الاول وكذا لا يقبل برهان خارج
على زوج ذي يد على امراة نكاحه ظاهر بنقلها الى بيته
او باء دخوله معه الا ان اثبت الخارج سبقه اي سبق
نكاحه على نكاح ذي اليد بالبينة فانه يقضى له لما مر
وان برهنا اي الخارجان على شراء شيء من اخر ليس ذي يد
بلا تاريخ فلكل نصفه اي لكل واحد منهما نصف ذلك
الشيء بنصف ثمنه اي عن ذلك الشيء ان شاء ورجع به على
البائع بنصف ثمنه اي ثمن ذلك الشيء او تركه اي ترك
النصف ان شاء لانهما استويا في السبب وجب على القاضي
ان يقضي به بينهما لتعذر القضاء فيتخير كل منهما لتغير شرط
عقده عليه فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ
كل الثمن وعند الشافعي في قول واحمد يقرع وفي قول
اذا تهاترت البينات ويرجع الى التصديق للبائع لان
احديهما كاذبة بيقين قلنا ان المحل او احدهما يتصور
ان يكون مملوكا لزيد على الكمال ومملوكا لعمرو على الكمال لان
الشهود فكل واحد من الفريقين هنا كصادق بان
يعاين السبب وطلبت ولا يعلمان سبق احدهما
ويترك احدهما نصفه بعد ما قضي لهما لا ياخذ المدعي

الاخر لان بالقضاء انفسخ العقد في حق كل في النصف قيد
بقوله بعد القضا لانه قبل القضاء به يأخذ كله لاثبات
برهانه شراء الكل بلا مزاحم للقضا فان كان لاحدهما
يد او تاريخ فهو اي صاحب اليد او التاريخ اولي لان
تمكنه من قبضه يدل علي سبق شرائه اذ قبض القابض
وشراء غيره حادثان فيضافان الي اقرب الازمان
وهو الحال مع ان قبض الشي متاخر عن شرائه فصار
شراؤه اقدم تاريخا من شراء غير القابض وبالتاريخ
اثبت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الاخر ان يكون قبله
او بعده فلا يقضي له بالشك وقال صاحب البحر وفي
اشكال في عبارة الكتاب هو ان اصل المسألة مفروضة
في خارجين تنازعا فيما في يد ثالث فاذا كان مع
احدهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج فلم تكن
المسألة ثم رايت في المعراج ما يزيله من جواز ان يراد
انه اثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو
الان في يد البائع الا انه يشكل ما ذكره بعده عن
النظيرة بان ثبوت اليد لاحدهما بالمعاينة انتهي والحق
انها مسالة اخرى وكان ينبغي افرادها انتهي وان
ارخا فالسابق اولي وان كان لاحدهما يد وللاخر
تاريخ فذو اليد اولي لانه اثبت الشرا في زمان لا ينازعه
فيه احد فاندفع به ثم لا يقضي بعده لغيره الا اذا تلقى
الملك منه والشرا احق من هبة مع قبض وصدقة مع
قبض اي لو برهن خارجان علي ذي يد احدهما علي
الشرا منه والاخر علي الهبة منه كان الشرا اولي من الهبة
والصدقة لان الشرا اقوى لكونه معاوضة من —

الجانبين

222

الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة والصدقة
يتوقف علي القبض هذا ان لم يورخا فلو ارخا واتحد
الملك فالاسبق تاريخا منهما احق بخلاف ما اذا اختلف
الملك فانهما استويا في صورة التاريخ وعدمه لان كلا
منهما خصم عن مملكه في اثبات ملكه وهما فيه سوا بخلاف
ما اذا اتحد لاحتياجهما الي اثبات السبب وفيه تقديم
الاقوى ولو ارخت احديهما والمسألة بحالها فانه يقضي
للخارج الا في اسبق التاريخ فهو للاسبق فان ارخت
احديهما فقط فلا ترجيح لها فان كانت في ايديهما يقضي
بينهما الا في اسبق التاريخ فهي له كدعوى ملك مطلق
كما في البحر والهبة والصدقة فيما لا يحتمل القسمة كالعبد
والدابة سوا بالاتفاق فيقضي بينهما نصفين لاستوايهما
في كونهما تبرعا واما فيما يحتمل القسمة كالدار فهما سوا ٧ لا يصح ؟
عند البعض لان الشيوع طاري فيقضي بينهما نصفين
وعند البعض لانه تنفيذ الهبة في الشايع فصار كاقامة
البينتين علي الارتهان وهذا اصح كما في الهداية وفي
البحر وحاصله ان الصدقة اولي من الهبة فيما يحتمل
القسمة وهذا عند عدم التاريخ والقبض واما اذا ارخا
قدم الاسبق وان لم يورخا ومع احدهما قبض كان اولي
وكذا ان ارخ احدهما فقط وفي الخلاصة ولو كان —
كلاهما هبة او صدقة او احدهما هبة والاخر صدقة فلم
يذكر الشهود القبض لا يصح وان ذكروا القبض ولم يورخوا
او ارخوا تاريخا واحدا فهو بينهما اذا كان لا يحتمل —
القسمة وان كان يحتمله فلا يقضي بينهما بشي عند
الامام وعندهما يقضي بينهما نصفين ولو كان في يد

احدهما يقضي له بالاجماع وكذا الشرا والمهر عند ابي يوسف
اي ادعى شخص ان هذا الشي اشتريته من زيد وادعت
المراة ان زيدا تزوجها على هذا الشي فاقاما البينة ولم
يذكرا تاريخا او ذكرا واستوى تاريخهما يقضي لكل واحد
منهما بالنصف لان الشرا والمهر سوا في اثبات الملك ثم
للمراة نصف القيمة على الزوج وللمشتري نصف الثمن
المنقود على البايع وله فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه
وعند محمد الشرا اولى فيقضي لصاحب الشرا وعلى
الزوج القيمة اي قيمة المبيع للمراة لان البينات حجج الشرع
فيجب العمل بهما ما امكن وهو ممكن بان يجعل الشرا
سابق اذ لو تزوج على ملك الغير صحت القيمة فتجب
القيمة عند تعذر تسليم العين قيد بالشرا لانه لو اجتمع
نكاح وهبة او رهن وصدقة فالنكاح اولى وفي المنح
اعتراض عن طرف صاحب الفصولين وجواب عن طرف (اعتراض)
صاحب البحر فليطالع والرهن مع القبض اولى من الهبة
بلا عوض معه اي مع القبض يعني لو ادعى احدهما رهنا
مقبوضا والاخر هبة وقبضا واقاما البينة ولم يورخا
لمدعي الرهن اولى استحسانا والقياس ان الهبة اولى (للزيادة)
لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت البينة اولى
وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم
الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى فان كانت اي
الهبة بشرط العوض فهي اي الهبة اولى من الرهن لكونها
بمعنى البيع انتهاء فيكون عقدها عقد ضمان يثبت
الملك معنى وصورة بخلاف الرهن فانه لا يثبته الا عند
الهلاك معنى لا صورة هذا اذا كانت العين في يد
ثالث

ثالث اذ لو كانت في ايديهما يقضي به بينهما نصفين الا
ان يورخا وتاريخ احدهما اسبق فيقضي له وان برهن
خارجان على ملك مورخ هذه المسالة قد ذكرت واعادها
هنا لاجل ذكر التاريخ او شراء مورخ من واحد متعلق بشراء
عن ذي اليد احترز به عما برهنا على ما في يد اخر كما مر
تفصيله فالسابق اولى لانه اثبت ملكه في وقت لا ينازعه
فيه احد الا اذا تلقى الملك منه فهذا القول متفق
عليه على تخريج الكرخي فقول الامام على تخريج صاحب
الامالي فقول ابي يوسف اخرا ومحمد اولا وفي قوله
الاخر فهو قول ابي يوسف اولا هو بينهما كما في التبيين
وان برهن احدهما على الشراء من زيد وبرهن الاخر عليه
على الشراء من بكر واتفق تاريخهما فهما سوا حتى يكون (فيهما)
المبيع بينهما نصفين لان كل واحد منهما اثبت الملك لبايعه
وملك بايعه مطلق بلا تاريخ كما اذا حضر البايع فادعى الملك
المطلق فيكون بين الخارجين لاستوا تاريخهما وكذا لو
وقت احدهما فقط لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم
الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان
البايع واحدا لانهما اتفقا على الملك لا يتلقى الا من
جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين
انه تقدم شرا غيره وفي البحر ان البينة على الشرا لا تقبل
حتى يشهدوا انه اشتراها من فلان وهو يملكها وتمامه
فيه فليطالع ولو برهن خارج على الشرا من شخص وبرهن
خارج اخر على الهبة من غيره وبرهن خارج اخر على
الارث من ابيه وبرهن خارج اخر على الصدقة والقبض
من رابع قضي بينهم ارباعا لاستوا كان معهم او مع بعضهم

تاريخ او لم يكن لانهم يثبتون الملك لهما بكتبهم وذلك لا تاريخ
فيه ولا يقدم الاقوى كما في التبيين ولو برهن خارج
على ملك مورخ وذو اليد على ملك اقدم منه اي من
الخارج فهو اي ذو اليد اولى عند الشيخين خلافا لمحمد
في رواية وفي رواية عنه ما قال الامام رجع عنه فقال
لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق اصلا لان البينة
فيه تثبت اولية الملك فيستوي فيها التقديم والتاخير
فصار كانهما قامتا على الملك المطلق ولهما ان البينة مع
التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبينة ذي
اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعده الا
بالتلقي من جهته وهو لم يدع ذلك قيد بسبق تاريخ ذي
اليد لانه لو لم يكن لهما تاريخ او استوى تاريخهما او
او ارخت احديهما فقط كان الخارج اولى وكذا الخلاف
لو كانت اليد لهما واقاما البينة لصاحب الوقت الاول
اولى في قول الشيخين وفي قول لا يعتبر الوقت فكانهما
قامتا على مطلق الملك فيكون بينهما ولو برهن خارج
وذو اليد على ملك مطلق ووقت احدهما فقط فالخارج
اولى عند الطرفين وعند ابي يوسف وهو رواية عن
الامام ذو الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشرى
اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان
بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع
ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته ولو كان
المدعى في ايديهما او في يد ثالث والمسالة بحالها اي
ادعى ذو اليد والخارج واقاما البينة فارخت احديهما
البينتين فهما سواء عند الامام وعند ابي يوسف

الذي

الذي وقت اولى وعند محمد الذي اطلق اولى وعلل صاحب
الهداية بان دعوى اولية الملك بدليل استحقاق (استحقاق)
الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على بعض ولابي يوسف
ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق
يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقين وللامام ان
التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره
فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشرى
لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب
صاحب التاريخ انتهى لكن صورة في المسالة الثانية وهي قوله
ولو في يد ثالث واما في المسالة الاولى وهي قوله ولو في
ايديهما فتذكر ان يكون نظير قوله ولو اقام الخارج وذو اليد
على ملك مطلق الى اخره فقال في عقبه فنعني هذا اذا كانت
الدار في ايديهما انتهى قال صاحب الايضاح وغيره في تفسيره
بان دام احدهما على ملك مورخ والاخر على مطلق الملك
سقط التاريخ عندهما وعنده صاحب الوقت اولى انتهى
فبهذا التقرير ظهر مخالفة المص لما في الهداية تتبع
وان برهن خارج وذو يد على النتاج اي اقام كل منهما
بينة فذو اليد اولى لان بينتهما قامتا على ما يدل عليه
اليد فاستويا في الاثبات وترجحت بينة صاحب اليد
باليد فيقضى له به ولا عبرة للتاريخ لان اولية
الملك تستوعب كل تاريخ فلا يفيد ذكره من احدهما او منهما
اتحد التاريخان او اختلفا ما لم يذكر تاريخا مستحيلا بان لم
يوافق سن المدعى والقياس ان يكون الخارج اولى
وبه قال ابن ابي ليلى وقال عيسى بن ابان تهاترت
البينتان ويترك في ذي اليد لا على وجه القضاء وجه

الاستحسان ما روي انه عليه الصلاة والسلام قضى لذي
اليد بناقة بعدما اقام الخارج بينة انها ناقته نتجها واقام ذو
اليد انها ناقته نتجها ولان اليد لا تدل على اولية الملك فكانت
مساوية للخارج في اثباتها فبينته تدفع الخارج وبينة صاحب
اليد مقبولة للدفع وكذا لو برهن كل على تلقي الملك من آخر
وعلى النتاج عنده اي لو تلقى كل واحد من الخارج وذي اليد
الملك من رجل وكان هناك بائعان واقام البينة على النتاج
عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتهما على النتاج في يد
نفسه فيقضي به لذي اليد كان البايعين حضرا واقاما
على ذلك بينة فانه يقضي به لصاحب اليد كذلك هنا
كما في العناية ولو برهن احدهما على الملك المطلق والآخر
على النتاج فصاحبه فهو اي صاحب النتاج اولى ايهما
كان لان بينته قامت على اولية الملك صريحا فلا يثبت
للآخر الا بالتلقي منه والآخر لم يتلق منه واوليته تثبت
دلالة ولا عبرة بها مع الصريح وكذا لو كانا خارجين فبرهن
احدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج فبينة النتاج
اولى لما بينا ولو قضي بالنتاج لذي اليد ثم برهن ثالث
على النتاج قضي له اي للثالث الا ان يعيد ذو اليد برهانه
لان بينة ذي اليد انما قامت على هذا المدعي وانما قامت
على الاولى فلم يصر الثالث مقضيا عليه بتلك القضية كما
لو برهن المقضي عليه بالملك المطلق على النتاج يقبل
وينقض القضاء اي لو ادعى ذو اليد والخارج الملك المطلق
وبرهنا فقضي على ذي اليد بالملك ثم ان ذا اليد المقضي
عليه اقام البينة على النتاج تقبل وينقض به القضاء
الاول لانه بمنزلة النص في دلالته على الاولية قطعا

نتاجا بينها

فكان

فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف
النص فهذا استحسان وفي القياس لا يقبل برهانه
لصيرورته مقضيا عليه بالملك كما في العناية وفي البحر
اطلق فشمل ما اذا برهن الخارج فقط وقضي له ثم برهن
ذو اليد يقضي له ويبطل القضاء الاول ولو ادعى ذو اليد
نتاجا ايضا ولم يبرهنا حتى حكم للمدعي بالنتاج ثم برهن
المدعى عليه على النتاج لا ينقض الحكم لعلم ان المقضي عليه
في حادثة لا تسمع دعواه بعده الا اذا برهن على ابطال
القضاء وعلى تلقي الملك من المقضي له او على النتاج انتهى
وكل سبب لا يتكرر اي في الملك اذا ادعاه ذو اليد فهو مثل
النتاج اي حكمه حكم النتاج في جميع ما ذكرنا من الاحكام وذلك
كنسج ثياب لا تنسج الا مرة كما اذا ادعى رجل ثوبا انه ملكه
نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه وكما اذا ادعت غزل قطن انه
ملكها غزلته بيدها وكحلب اللبن فانه مما لا يتكرر ايضا فاذا
ادعى لبنا انه ملكه واللبد بان ادعى لبدا بانه صنعه من
الصوف الذي هو ملكه والمرعزى وهي كالصوف تحت شعر
المعز وجز الصوف بان ادعى صوفا مجزوزا انه ملكه جزه من
شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه
بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضي
بذلك لذي اليد لانه في معنى النتاج من كل وجه فيلحق به
بدلالة النص وما يتكرر اي كل سبب يتكرر فقضي به للخارج
بمنزلة الملك المطلق فلا يلحق بالنتاج كنسج الخز وهو اسم
دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا فانه مما يتكرر لان
الخز والصوف والشعر اذا بلي ينقض ويغزل مرة اخرى ثم ينسج
فيحتمل ان ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه

حلبه من شاته واتخاذ الجبن
بان ادعى جبنا انه ملكه صنعه
في ملكه
صح

فيكون ملكا له بهذا الطريق فلم يكن في معنى النتاج
وكالبنا فانهما يتكرر لانه يبني ثم يهدم ثم يبنى والغرس
لان النخل يغرس غير مرة وزراعة البر والحبوب لان
البر قد يزرع في الارض ثم يغربل التراب فيميز البر
منه ثم يزرع ثانيا فلم يكن في معنى النتاج وكذا كل ما
يزرع مما يكال او يوزن فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خزه
او دارا انها ملكه بناها او ادعى غرسا انه ملكه غرسه
او حنطة انها ملكه زرعها او حبا اخر من الحبوب واقام
على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة
قضي به للخارج لما مر وما اشكل بحيث لا يتيقن بالتكرر
وعدمه يرجع فيه الى اهل الخبرة لانهم اعرف به وقد قال
الله تعالى فاسالوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون فان
اشكل عليهم اي على اهل الخبرة لانهم اعرف به جعل كالمطلق
اي قضي به للخارج لان القضا ببينته هو الاصل
وانما عدلنا عنه بخبر النتاج كما روينا فاذا لم يعلم يرجع
الى الاصل وان برهن الخارج على ملك مطلق وذو اليد
على الشرا منه اي من الخارج بان كان عبد مثلا في
يد زيد وادعاه بكر انه ملكه وبرهن عليه وبرهن زيد
على شراه منه فهو اي ذو اليد اولى لان الخارج وان كان
يثبت اولية الملك فذو اليد يتلقى الملك منه ولا تنافي
فيه فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشرا منه وان
برهن كل منهما اي من الخارج وذي اليد على الشرا
من صاحبه ولا تاريخ لهما تهاترتا اي سقطت البينتان
وترك المال في يد ذي اليد بغير قضاء عند الشيخين
وعند محمد ان كان في احدهما يقضي بالبينتين

للخارج

للخارج لامكان العمل بهما بجعل ذي اليد مشتريا من الخارج
وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيومر بالدفع اليه لان
تمكنه من القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس لان البيع
قبل القبض لا يجوز ولهما ان الاقرار بالشراء من صاحبه
اقرار منه بالملك له فصار بينة كل منهما كانها قامت على
اقرار الاخر وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع وكذا هذا
كما في التبيين وان ارخا اي الخارج وذو اليد في العقار
بلا ذكر قبض وتاريخ الخارج اسبق قضي لذي اليد
عند الشيخين فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل
القبض من ذي اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند
محمد قضي للخارج اذ لا يصح عنده بيعه قبل القبض
فبقي على ملكه وفي التبيين وكان ينبغي ان يقضى به
لذي اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبضه ثم باعه
لانه من بايعه وهو ذو اليد تصحيحا للعقد انتهى وان
اثبتا قبضا قضي لذي اليد اتفاقا لان البيعين جائزان
الا على القولين لان الخارج باعه من بايعه بعد ما قبضه
وذلك صحيح وان كان وقت ذي اليد اسبق قضي للخارج
في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم
باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب اخر كما في الهداية
لكن في البحر وفي المبسوط بخلافه كما علم من الكافي وتمامه
فيه فليطالع قال ابن الشيخ في شرح الوقاية فالحاصل
الكلام في ضبط هذه الاقسام ان كان تاريخ احد
المدعيين عند اقامتهما البينة سابقا فهو احق وان لم
يكن سابقا بل كان مستويا بان ارخا معا وقفا او لم يؤرخا
اصلا او ارخ احدهما وكان كل واحد منهما صاحب يد ا

وكان كل منهما خارجا في الملك المطلق او في الملك بسبب فهما
متساويان الا ان تلقيا من واحد وارخ احدهما فهو
احق وان كان احدهما صاحب يد والآخر خارجا فالخارج
احق في الملك المطلق عند التساوي في التاريخ الا اذا
ادعيا مع الملك فعلا بان قال هو عبدي التساوي في
~~التاريخ الا اذا ادعيا مع الملك فعلا بان قال هو عبدي~~
اعتقته او دبرته فذو اليد احق بخلاف ما اذا قال
كل واحد هو عبدي كاتبته فهما متساويان لكونهما خارجين
اذ لا بد في عقد الكتابة من اهلية العاقدين فاذا اعتقد ان
يكون العبد معتقا بيد احد فلا يتصور اليد عليه بخلاف
المعتق فانه في يد المولى اذا كان صغيرا او كبيرا لا يعرف
عتقه ولو قال احدهما هو عبدي كاتبته وقال الآخر
دبرته او اعتقته فهو اولى لان كل بينة تكون اكثر
اثباتا فهو احق هذا في الخارج وذي اليد في الملك المطلق
اما في الملك بسبب فان ذكر الخارج وذو اليد سببا
واحدا وتلقيا من واحد فذو اليد احق وان تلقيا من
اثنين فالخارج احق عند التساوي في التاريخ وان
ذكرا سببين كالشراء والهبة وغير ذلك ينظر الى قوة
السبب انتهى ولا ترجيح بكثرة الشهود لان الترجيح عندنا
بقوة الدليل لا بكثرته حتى لو اقام احد المدعيين
شاهدين والآخر اربعة فهما سواء اذ شهادتهما ليست
اقل من شهادتهم في اثبات المدعى لان الاثنين علة
تامة موجبة للحكم فالكثرة لا تصلح للترجيح ولهذا لا ترجح
الآية بآية اخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيه بان
كان احدهما متواترا والآخر من الآحاد او كان احدهما
مفسرا

مفسرا والآخر مجملا فيرجح المفسر على المجمل والمتواتر على
الآحاد لقوة وصف فيه وكذا لا يقضي لاكثرهما عددا
لان القلب اميل الى قول الاكثر وكذا لا ترجح بزيادة
العدالة لان المعتبر في الشاهد اصل العدالة وهي
ليست بذي حد فلا يقع الترجيح بها خلافا لمالك وان
ادعى احد خارجين نصف دار والآخر كلها وبرهنا على
ذلك فالربع للاول عند الامام وعندهما للاول الثلث
والباقي للآخر لان الامام اعتبر طريق المنازعة وهو ان
صاحب النصف لا ينازع صاحب الكل في النصف فسلم له
النصف واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف
النصف بينهما فلصاحب الكل ثلاثة ارباع ولصاحب النصف
الربع وهما اعتبرا طريق العول والمضاربة لان في المسألة
كلا ونصفا فالمسألة من اثنين وتعول الى ثلاثة فلصاحب
الكل سهمان ولصاحب النصف سهم هذا هو العول واما
المضاربة فان كل واحد يضرب بكل حقه فلصاحب الكل له
ثلثان من الثلاثة فيضرب الثلثين في الدار وصاحب النصف
له ثلث الثلاثة فيضرب الثلث في الدار فيحصل له
ثلث الدار لان ضرب الكسور بطريق الاضافة فانه اذا
ضرب الثلاثة في الستة معناه ثلث الستة وهو اثنان
وفي البحر تفصيل فليراجع وان كانت الدار في يدهما
فهي اي كل الدار لمدعي الكل نصف بقضاء ونصف بلا
قضاء لان دعوى مدعي النصف منصرفة الى ما في يده
لتكون يده يدا محقة في حقه لان حمل امور المسلمين على
الصحة واجب فمدعي النصف لا يدعي شيئا مما في يد صاحب
الجميع فسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة فبقي ما في

يده لا على وجه القضاء اذ لا قضاء بدون الدعوى واجتمعت بينة الخارج وذي اليد فيما في يد صاحب النصف فتقدم بينة الخارج ولو كانت في يد ثلاثة فادعى احدهم كلها واخر ثلثيها واخر نصفها وبرهنوا فهي مقسومة عنده بطريق المنازعة وعندهما بالعول وبيانه في الكافي فليطالع

وان برهن خارجان على نتاج دابة وارخا قضي لمن وافق سنها تاريخه لرجحانه بشهادة الحال ولا فرق في ذلك بين ان تكون الدابة في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث لان الحكم لا يختلف وان اشكل اي سنها بان لا يوافق التاريخين لعدم العلم فلهما اي يقضى لهما لعدم رجحان احد البرهانين وان خالفهما اي خالف السن التاريخين معا بطلا في رواية اي البرهانان لظهور كذب كل من الفريقين فتترك الدابة بغير قضاء في يد صاحب اليد كما في الهداية وغيرها وفي التبيين والاصح انهما لا يبطلا بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين او كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما يقضى بها بينهما وتمامه فيه فليطالع وان برهن احد الخارجين على غصب شيء والاخر على وديعة استويا لان المودع اذا انكر الوديعة يصير غاصبا وبرهان الوديعة يتضمن انكار صاحب اليد

فصل في التنازع بالايدي

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في وقوعه بظاهر اليد لما ان الاول اقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد فقال لابس الثوب اولى من الآخذ بكمه والراكب احق من الآخذ باللجام ومن في السرج احق من الرديف اي لو تنازعا ثوبا احدهما لابس والاخر آخذ بكمه وغيره من الاطراف ولا بينة فاللابس

اولي

اولى من الآخذ في كونه صاحب يد لانه متصرف ومستعمل وكذا لو تنازعا دابة احدهما راكبها والاخر آخذ بلجامها والراكب اولى في كونه ذا يد اذ تصرفه اقوى وكذا لو تنازعا دابة احدهما راكب بسرجها والاخر رديفه فالاول احق لان تمكنه من ذلك دليل على تقدم يده وقيل هي بينهما على السوا وصاحب الحمل اولى ممن علق كوزه عليها اي اذا تنازعا دابة وعليها حمل لاحدهما وللاخر كوز فالاول اولى من كونه ذا يد لانه اكثر تصرفا فيها ولا ترجيح بكثرة الحمل اذ كانا حملاها وتنازعا كما لا عبرة بكثرة الشهود واذا اقاما بينة في هذه الصور فبينة من كان في حكم خارج اولى لما مر مرارا والراكبان بلا سرج او راكبان فيه اي في السرج سوا لاستوائهما في التصرف ولو كان احدهما متعلقا بذنبها والاخر يمسك بلجامها قالوا ينبغي ان يقضى بها لمن يمسك لجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك بخلاف المتعلق بالذنب وكذا الجالس على بساط والمتعلق به سوا اي اذا تنازعا في بساط احدهما قاعد عليه والاخر متعلق به فهو بينهما نصفان لا على طريق القضاء لان (بل بطريق الترك) الجلوس عليه ليس بيد فاستويا عدم اليد بخلاف الركوب واللبس لان الراكب واللابس يصير بهما غاصبا لا بالجلوس وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما ومن معه اي وكذا ان كان ثوب في يد رجل وطرفه مع اخر حيث ينصف بينهما وان كان بيد احدهما اكثر لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد منهما مستمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص لان الزيادة

ليست من جنس الحجة فان الحجة هي البينة والزيادة هي
الاستعمال كما في العناية بخلاف جالسي الدار اذا تنازعا
فيها حيث لا يقضى بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره لان
الجلوس لا يدل على الملك والحائط هو الجدار ولو لم يكن جذوعه
عليه اي على الحائط او اتصل ببنائه اتصال تربيع اتصال
التربيع اتصال جدار بجدار بحيث يتداخل لبنات هذا
الجدار في لبنات ذلك وانما سمي اتصال التربيع لانهما انما
يبنيان ليحيطا مع جدارين اخرين بمكان مربع وان مربعا ما
كان الجدار من خشب والتربيع ان يكون ساج احدهما
في الاخر واما اذا نقب وادخل فلا يكون مربعا فلا عبرة
به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة
فلا يدل على انهما بنيا معا لا لمن له عليه هرادي وهي
خشبات توضع على الجذوع ويلقى عليها التراب فانها
غير معتبرة وكذا البواري لانه لم يكن استعمالا له وضعا
اذ الحائط لا يبنى لها بل للتسقيف وهو لا يمكن على الهرادي
والبواري كما في الدرر بل الحائط فيه سواء يعني اذا
تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للاخر
شيء فهو بينهما لان الحائط لا يبنى لاجلها بخلاف الجذوع
وان كان لكل من الرجلين عليه اي على الحائط ثلاثة
جذوع فبينهما لاستوائهما في اصل العلة ولا ترجيح بالاكثر
منها اي من الثلاثة يعني ولا معتبر بالكثرة والقلة بعد
ان يبلغ ثلاثا لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا
واشترط ان يبلغ ثلاثا لان الحائط يبنى للتسقيف
وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالبا فصار الثلاث
كالنصاب له وان كان لاحدهما ثلاثة جذوع وللاخر

اقل

اقل فهو اي الحائط لصاحب الثلاثة استحسانا وهو قول
الامام والقياس وهو مروي عن الامام ان يكون بينهما
نصفين لما بينا ان الترجيح بالقوة لا بالكثرة فيستويان
وجه الاستحسان ان ما دون الثلاث حجة ناقصة
اذ لا يبنى الحائط لما دونه والحجة الناقصة لا تظهر
بمقابلة الكاملة وللاخر موضع خشبة باتفاق الروايات
لانا حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر وهو يصلح
بالدفع لا للاستحقاق فلا يؤمر بالقلع ثم اختلف
الروايات بعد ذلك في انه يملك ذلك الموضع او لا ذكر في
كتاب الدعوى ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع لان
موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون في يده حقيقة
باعتبار الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت
خشبته لوجود سبب الاستحقاق فيه وصححه قاضيخان
وفي كتاب الاقرار ان الحائط كله لصاحب الاجذاع وللصاحب
القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع لان الحائط
لا يبنى لاجل جذع ولا جذعين عادة وانما ينصب له
اسطوانة فلا يحكم له بالملك وفي المحيط وهو اصح وتمامه
في التبيين فليطالع ولو كان لاحدهما جذوع وللاخر
اتصال فلذي الاتصال اي صاحب الاتصال اولى والاخر
اي لصاحب الجذوع حق الوضع وهذه رواية الطحاوي
وصححه الجرجاني لان للحائطين بهذا الاتصال كبناء واحد
فالقضاء ببعضه يصير قضاء بكله ثم يبقى للاخر وضع
جذوعه لما بينا ولا فرق بين ان يكون الاتصال
من جانب او من جانبين وقيل لذي الجذوع اي
صاحب الجذوع اولى ورجح السرخسي هذه الرواية

لان له تصرفا في الحائط وللصاحب الاتصال اليد والتصرف
اقوي من الدلالة علي الملك وفي المحيط الايدي في الحائط
علي ثلاث مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة
ووضع جذوع ومحاذاة بناء فاولاهم صاحب التربيع ثم
صاحب جذوع ثم صاحب محاذاة وذو بيت من دار كذي
بيوت منها اي من الدار في حق ساحتها اي الساحة تنصف
بينهما لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور فيها
والتوضؤ وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك فصارت
نظير الطريق بخلاف ما اذا تنازعا في الشرب حيث
يقسم بينهما علي قدر اراضيهما ولو ادعي ارضا كل منهما
يدعي انها اي الارض في يده وبرهنا كذلك قضي
بيد لهما لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر احضارها
والبينة تثبت ما غاب عن علم القاضي فان برهن احدهما
فقط او كان احدهما لبن فيها اي في الارض بنا او بني
فيها او حفر فيها قضي بيده اما الاول فلقيام الحجة
فان اليد حق مقصود واما في الصور الباقية فلوجود
التصرف والاستعمال فيها لو قال وتصرفا بدل او كان لبن
فيها او بني او حفر لكان اشمل واقصر ثم برهن بيده صبي يعبر
عن نفسه اي يتكلم ويعلم ما يقول قال انا حر وانكر صاحب
اليد فالقول له ان كان يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه فلا
دعوي لاحد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ
وان قال هذا الصبي انا عبد لفلان وهو غير ذي اليد فهو
عبد لذي اليد لا لفلان بالاجماع لانه لما اقر بكونه رقيقا لفلان
اقر انه ليس له استقلال ولا قدرة علي نفسه فلا يعمل باقراره
فيكون عبدا لذي اليد لا للخارج الا بالبينة لا يقال ان الاقرار
بالرق

بالرق ضرر وكان الواجب ان لا يعتبر في حق الصبي لان الرق لم
يثبت بقوله بل بدعوي ذي اليد لعدم المعارض دفاعه في
التبيين فليراجع وكذا من لا يعبر عن نفسه اذ هو بمنزلة
المتاع فيكون ملكا لمن هو في يده ان ادعاه لعدم المعارض
من يد نفسه حقيقة او حكما فلو ادعي الحرية عند كبره لا تقبل
بلا حجة اي لو كبر وادعي الحرية فلا يقبل قوله لانه ظهر عليه
الرق فلا ينقض ذلك الا ببينة

باب

دعوي النسب لما فرغ من بيان دعوي الاموال شرع
في دعوي النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اكثر ذكرا
فلو ولدت مبيعة لاقل من نصف سنة من بيع منذ بيعت
فادعاه اي الولد البايع اي بايع المبيعة فلو اكثر من واحد
فهو اي الولد ابنه فيثبت نسبه من البايع بدعوته وان
لم يصدقه المشتري لتيقن العلوق قبل البيع في ملكه مع
دعوة لم تبطل بالبيع والمراد من المبيعة الجارية التي لا تباع
الامة كما هو المتبادر فبهذا اندفع ما قيل من انه ولي عكسه
ان يقول منذ بيعت وقد ملكها سنتين احترازا عما اذا
بيعت مرتين فولدت لاقل من ستة اشهر فانه لم يتيقن
ان العلوق في ملك البايع الاول والثاني وهي اي الجارية
ام ولده لان العلوق وقع في ملكه بيقين ويفسخ البيع لعدم
جواز بيع ام الولد فيأخذ البايع المبيعة ويرد الثمن لعدم
سلامة المبيع للمشتري وان وصلية ادعاه اي النسب
المشتري مع دعوته اي البايع او ادعاه المشتري بعدها لان
دعوة البايع دعوة استيلاد لكون اصل العلوق في ملكه
ودعوة المشتري دعوة تحرير اذ اصل العلوق لم يكن في ملكه
والاول اقوي واسبق هذا عندنا وهو استحسان لان

العلوق لما اتصل بملكه كان ذلك على كونه منه شاهدة ظاهرة
حيث ان الظاهر عدم الزنا مع ان النسب مبناه على الخفا
فيعفى فيه التناقض والقياس فهو قول زفر والائمة
الثلاثة دعوة باطلة لان البيع اعتراف منه بانها امته
وبالدعوة يكون متناقضا واذا بطلت دعواه لم يثبت النسب
بدون الدعوة الا ان يصدقه المشتري اما لو ادعى المشتري
اولا ثم ادعاه البايع لا يثبت النسب من البايع لان النسب
الثابت من المشتري لا يحتمل النقض كاعتاقه اذ يحمل على انه
المشتري نكحها واستولدها ثم اشتراها وكذا لا يثبت النسب
من البايع لو ادعاه اي البايع بعد موت الام وعتقها اي ان
ماتت الام ثم ادعاه البايع وقد ولدت لاقل يثبت النسب
من البايع ويأخذ الولد لان الاصل في ثبوت النسب هو
الولد لا الام ولذا تضاف الام اليه ويقال ام الولد وتستفيد
الام الحرية ولد حقيقتها والادنى يتبع الاعلى فلا يضره فوات
التبع وكذا لو ادعى البايع الولد المولود لاقل من نصف سنة بعد
اعتاق المشتري الام يثبت نسبه ويحكم بحريته لا في حق
الام فلا تصير ام الولد للبايع لان دعوته ان صحت في حق
الام يبطل اعتاق المشتري والعتق بعد وقوعه لا يحتمل
البطلان ويرد حصته اي حصة الولد من الثمن في العتق
اي يقسم الثمن على قيمتي الولد والام ويرد ما اصاب الولد من
القيمة يوم القبض ويرد كل الثمن في الموت عند الامام لانه تبين
انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد
والغصب فلا يضمنها المشتري وقالا حصته فيهما اي في العتق
والموت لانها متقومة عندهما فيضمنها فعلى ما ذكره يكون
رد حصته من الثمن لا حصتها متفقا عليه انما الخلاف في الموت

من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها فالثابت لها حق الحرية صح صح

لكن في

كراس ٢٤

لكن في المدبر وغيره اذا اعتق المشتري الام او دبرها يرد
البايع على المشتري حصته من الثمن حصتها معتقة عتقهما
وعنده يرد كل الثمن في الصحيح كما في الموت كذا ذكر في الهداية
فعلى هذا ان الخلاف ثابت فيهما على ما اختاره صاحب الهداية
وقاضيخان ومما ذكر في المبسوط حيث قال يرد حصته من
الثمن لا حصتها بالاتفاق وفرق على هذا بين الموت والعتق
بان القاضي كذب البايع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشتري
فبطل زعمه فلم يوجد التكذيب في فصل الموت فيؤاخذ بزعمه
فليسترد حصتها ايضا كما في الكافي فلو ادعاه البايع بعد موته
اي بعد موت الولد او عتقه ردت دعواه لعدم حاجته الى النسب
بعد الموت وكذا بعد عتقه لما ذكرنا ان الولد هو الاصل
ولو ولدت الجارية المبيعة لاكثر من نصف سنة واقل من
سنتين منذ بيعت ان صدقه المشتري الدعوة فالحكم كالاول
يعني يثبت نسبه وامية ويفسخ البيع ويرد الثمن عندنا
خلافا لزفر والشافعي على ما مر والا اي وان لم يصدقه
المشتري فلا يثبت النسب لاحتمال ان لا يكون العلوق في
ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه فاذا صدقه فقد
رضي احد باسقاط حقه فيثبت النسب وان ولدت لاكثر
من سنتين منذ بيعت لا تصح دعوته لانه لم يوجد اتصال
العلوق بملكه وهو الاصل فان صدقه المشتري البايع ثبت
نسبه اي نسب الولد وحمل على النكاح ولا يرد البيع ولا يعتق
الولد ولا تصير الامة ام ولد لحدوث العلوق بعد البيع ولا
يستند الى ما قبله حتى يلزم بطلان بيعه والامة ام ولد كما بعد
بعد نكاح بان ملكها ثم باعها واستولدها بالنكاح حملا لامره
على الصلاح وان باع عبدا ولد عنده اي عند البايع وكان

24

العلوق

ايضا عنده ثم ادعاه بعد بيع مشتريه من اخر صحت
دعوته ويكون هو ابنه ويرد بيع مشتريه لان
اتصال العلوق بملكه كالبينة والبيع يحتمل النقض
وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله
وكذا الحكم لو كاتبه اي الولد المشتري او كاتب المشتري
امه او رهن الولد او امه او اجر الولد او امه او زوجها
اي الام ثم كانت الدعوة صحت اي دعوته وانتقضت
هذه التصرفات لان هذه العوارض تحتمل النقض
فينتقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق
والتدبير لانهما لا يحتملان النقض فيمنعان ذلك
وتصح الدعوة فيما مر ولو باع احد التوأمين
ولدا عنده فاعتقه مشتريه ثم ادعى البائع
التوأم الاخر ثبت نسبهما منه لانهما خلقا من ماء واحد
ويبطل عتق المشتري اذ ثبوت نسب احدهما يستلزم
نسب الاخر هذا اذا كان اصل العلوق في ملك البائع
وان لم يكن في ملكه يثبت نسبهما منه بتصديق
المشتري ولا يبطل عتق المشتري ولا ينتقض بيع البائع
لان هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولايته ومن
في يده صبي لا يعبر عن نفسه لو قال هو ابن زيد او هو ابن
عبد فلان الغائب ثم قال هو ابني لا يكون ابنه اي ابن
ذي اليد وان صدقه زيد او جحد زيد بنوته عند الامام
لان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار به
بمثله لا يرتد بالرد فيبقى فيمتنع دعوته واذا صدقه زيد
او لم يدر تصديقه ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقر عنده
وعندهما يصح ان جحد زيد بنوته وهو ابن ذي اليد

لان

لان الاقرار ارتد بالرد فصار وكان لم يكن والاقرار بالنسب
يرتد بالرد حقيقة وان كان لا يحتمل النقض وفي الدرر نقلا
عن الهداية فلو قال لصبي هذا الولد مني ثم قال ليس
مني ثم قال هو مني يصح اذ بالاقرار به ابني تعلق حق المقر
والمقر له اما حق المقر له فانه يثبت نسبه من رجل معين حتى
ينتفي كونه مخلوقا من ماء الزنا فاذا قال ليس هذا
الولد مني لا يملك ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح
ولو قال هذا الولد مني ثم قال ليس مني لا يصح النفي
لان النسب يثبت واذا ثبت لا ينتفي بالنفي فهذا اذا
صدقه الابن اما بغير التصديق فلا يثبت النسب لانه
اقرار على الغير بانه جزء لكن اذا لم يصدقه الابن ثم عاد
الى التصديق يثبت النسب لان اقرار الاب لم يبطل بعدم
تصديق الابن فيثبت النسب ولو انكر الاب الاقرار فاقام
الابن البينة انه اقر انه ابنه تقبل والاقرار بانه ابني مقبول
لانه اقرار على نفسه بانه جزؤه اما الاقرار بانه اخوه
لا تقبل لانه اقرار على الغير ولو كان الصبي المشترك في يد
مسلم وذمي فادعى المسلم رقه وادعى الكافر بنوته فهو حر
ابن الكافر لا ابن المسلم لان الاسلام مرجح انما كان والترجيح يستدعي
التعارض فلا تعارض ههنا لان النظر للصبي واجب
ونظره فيما ذكرنا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا
وشرف الاسلام مالا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي
عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس في
وسعه اكتسابها وتمامه في العناية فليطالع ولو قيل مسلم
ابني وقال كافر عبدي فهو ابن المسلم لا عبد المسلم هذا اذا ادعيا معا وان
سبق دعوى المسلم كان عبدا له وان ادعيا البنوة كان

لا يقال ينبغي ان يكون عبد المسلم لان الاسلام مرجح لانا نقول الترجيح يكون عند التعارض وهو الاستواء ولا استواء هنا لان النظر له فيما قلنا اوفر فانتفى الاستواء زيلعي

ابن المسلم لحصول الاسلام حالا ولو كان الصبي في يد زوجين
فزعم الزوج انه ابنه من غيرها فزعمت الزوجة انه ابنها
من غيره فهو اي الولد ابنهما لان كلا منهما اقر للولد بالنسب
وهو في ايديهما ثم يريد كل منهما ابطال حق صاحبه فلا
يصدق عليه والمراد من الصبي الصبي العين المعبر والا فهو
لمن يصدقه ولو استولد مشتراه يعني لو اشترى امة
فولدت منه وادعاه ثم استحقت الامة بدعوى مستحق
فالولد حر وكذا اذا ملكها بسبب اخر غير الشرا اي سبب
كان كالارث والهبة والوصية وكذا اذا تزوجها على
انها حرة فولدت له فاستحقت كما في اكثر المعتبرات فعلى
هذا لو قال ولو ملك امة باي سبب كان لكان اشمل وعلى
الاب قيمته اي قيمة الولد باجماع الصحابة رضي الله عنهم
ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل
في حق ابيه ورقيقا في حق مدعيه نظرا لهما يوم
الخصومة لانه يوم المنع كولد المغصوبة فان مات
الولد قبل الخصومة او بعد الخصومة يغرم لتحقق المنع
منه فلا شي على ابيه لانعدام المنع وتركته له اي تكون
تركة الولد ميراثا لابيه سوا كان قبل الخصومة او بعدها
لكونه حر الاصل اذ الولد في حياته احق بماله فيكون الاب
احق بعد وفاته لانه خلفه وان قتله الاب غرم قيمته
لتحقق المنع من الاب بقتله وكذا ان قتله غيره اي غير
الاب فاخذ ديته اي اخذ الاب مقدار قيمة الولد لان
سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته
كما اذا كان حيا ويرجع المشتري بقيمته اي قيمة الولد
التي ضمن وبالثمن اي ثمن الجارية على بايعه لان البايع
ضمن

ضمن له سلامة الولد لكونه جزء المبيع اذ العقود يشمل
سلامة جميع اجزا المبيع لا يرجع بالعقر الذي اخذ منه
المستحق لانه بدل استيفا منفعة البضع وهي ليست من
اجزا المبيع فلم يكن البايع ضامنا لسلامته وعند الايمة
الثلاثة يرجع بالعقر ايضا ولو باعها المشتري من اخر
فاستولدها الثاني ثم استحقت رجع المشتري الثاني
على البايع الثاني بالثمن وبعضها مستولدها وبقيمة
الولد والمشتري الاول على البايع الاول بالثمن ولا
يرجع عليه بقيمة الولد عند الامام وقالا يرجع عليه
بقيمة الولد ايضا وفي الدرر ادعى العصوبة وبين
النسب وبرهن الخصم ان النسب بخلافه ان قضي
بالاول لم يقض به والا تساقطا للتعارض وعدم
الاولوية برهن انه ابن عمه لامه فقط كان دفعا
قبل القضا بالاول لا بعده لتاكده بالقضا بخلاف الاول
ادعى ميراثا بالعصوبة فدفعه ان يدعي خصمه قبل
الحكم اقراره مفعول يدعي بانه من ذوي الارحام
ان يكون ح بين كلاميه تناقض انتهى كتاب
الاقرار ومناسبته بالدعوى لان حال المدعى عليه
داير بين الاقرار والانكار والى الاقرار اقرب لان
الغالب في حال المسلم الصدق هو لغة الاثبات من قر
الشي قرارا اذا قام وثبت ومنه ثابت القدم لمن قر
ويقال اقره اقرارا اذا اقامه هذا في الحسي واما في القول
فقال اقر به اذا اظهر بالقول وشرعا اخبار اي اعلام
بالقول فلو كتب او اشار ولم يقل شيا لم يكن اقرارا ويدخل
فيه ما اذا كتب الى غايب اما بعد فله علي كذا فانه

كالقول شرعا كما في القهستاني بحق اي بما ثبت ويسقط من
عين وغيره لكنه لا يستعمل الا في حق المالية فيخرج
عنه ما دخل من حق التعزير ونحوه لاخر على نفسه اي
لغير المخبر على المخبر اما لنفسه على اخر فهو دعوى ولاخر
على اخر فهو شهادة وفيما قاله ابو المكارم من ان التعريف
منتقض باقرار الوكيل في حق الموكل كلام لسنا بصدده
منا به شرعا والدليل على حجيته الكتاب والسنة
واجماع الامة ونوع من المعقول وشرطه الحرية والعقل
والبلوغ وركنه ان يقول المقر لفلان علي كذا ولا يصح
الاقرار الا لمعلوم اي لشخص معلوم لان المجهول لا يصلح
مستحقا وفي المنح واما جهالة المقر له فمانعة من صحته
ان تفاحشت كما لو قال لواحد من الناس علي كذا او الا كان لواحد
هذين علي كذا الا ولا يجبر على البيان ولكل منهما ان يحلفه
وفي الدرر لو لم يتفاحش بان اقر بانه غصب هذا
العبد من هذا او من هذا فانه لا يصح عند شمس الائمة
السرخسي لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد وقيل يصح
وهو الاصح وتمامه فيه فليطالع وحكمه اي الاقرار
ظهور المقر به اي المخبر به للمقر له عليه لا انشاؤه اي
لا اثبات المقر به له بهذا اللفظ ولذا قالوا ان المقر له
اذا علم ان المقر كاذب في اقراره لو اخذه منه لم يحل له
ديانة الا ان اخذه عن طيب نفسه فانه تمليك مبتدأ
وانما لم يكتف بالاثبات عن النفي وجمعهما مبالغة في رد ما
قال بعض المشايخ ان الاقرار انشاء وانما اطلق
اشارة الى ان تصديق المقر له لم يشترط وان ارتد برده ولو
صدقه ثم رده لم يصح الرد ولو رده ثم اعاد اقراره

صح

صح الاقرار كما في القهستاني وقد فرع على كون حكم الاقرار
ظهور المقر به لا انشاؤه بقوله فصح الاقرار بالخمر للمسلم
ولو كان الاقرار انشاء لما صح لان المسلم لا يصلح له تمليك الخمر
وفي المحيط لو اقر بخمر للمسلم يصح ويؤمر بتسليمها اذا طلب
استردادها ولو اقر بخمر مستهلكة لمسلم لا يصح لانه لا يجب
للمسلم بدل الخمر لا يصح الاقرار بطلاق وعتاق مكرها لقيام
دليل الكذب وهو الاكراه ولو كان انشاء لصح لان طلاق
المكره واعتاقه واقعان عندنا واذا اقر حر وانما شرط
الحرية ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتاخر
اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا المأذون فيما ليس
من باب التجارة كالمهر لو وطئ امراة تزوجها بغير اذن مولاه
والجناية الموجبة للمال لان الاذن لا يتناول الا التجارة
فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما اذا اقر بالحدود والقصاص
مكلف لان اقرار المجنون والمعتوه والصبي العاقل لا
يصح لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي والمعتوه
ماذونا له بالتجارة فيصح اقراره كما هو من ضرورات
التجارة كالدين والوديعة والعارية والمضاربة
والغصب دون ما ليس منها كالمهر والجناية والكفالة
لدخول ما كان من باب التجارة تحت الاذن دون غيره
والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران
جائز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور الا اذا اقر فيما
يقبل الرجوع كالحدود الخالصة حقا لله تعالى وان سكر
بطريق مباح كالشرب مكرها وكذا شرب المتخذ من
الحبوب والعسل عندهما خلافا لمحمد بحق معلوم او مجهول
كشيء وحق اي قال لفلان علي شيء او حق صح اقراره لان

جهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه
مجهولا بان اتلف مالا لا يدري او جرح جراحة لا يدري
ارشها ولزمه في اقر بمجهول بيان المجهول حتى لو امتنع
اجبره القاضي على بيانه بما له قيمة لانه اخبر عن الواجب
في ذمته وما لا قيمة له لا يجب كحبة من الحنطة فلا
يقبل قوله بل يحمل على الرجوع فيجبر على البيان وفي
المحيط ولو قال لفلان علي حق ثم عينت به حق الاسلام
او الجوار لا يصدق الا اذا قال ذلك موصولا لانه بيان
باعتبار العرف خلافا للائمة الثلاثة والقول قوله
اي قول المقر مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر مما بينه
المقر بلا برهان لانكاره الزيادة والقول للمنكر وفيه
المنح تفصيل فليراجع وفي القهستاني لو انكر الاقرار بمجهول
واريد اقامة البينة عليه لم يقبل لان جهالة المشهود
به يمنع صحة الشهادة وتمامه في الجواهر والتحفة وفي
قوله له علي مال لا يصدق في اقل من درهم لان ما
دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو
المعتبر خلافا للائمة الثلاثة ولزم في علي مال عظيم
نصاب مما بين به فضة او غيرها لان النصاب عظيم
يجعل صاحبه غنيا هذا قولهما ورواية عن الامام وعنه
انه يصدق في عشرة دراهم لانها مال عظيم حتى تقطع
بها اليد ويستباح البضع وقيل الاصح على قول الامام
ان ينظر الى حال المقر في الفقر والغنى فان القليل
عند الفقير عظيم والكثير عند الغني ليس بعظيم وهو في
الشرع متفاوت فان المائتين في الزكاة عظيم وفي السرقة
والمهر العشرة عظيمة فيرجع الى حال المقر ومن الابل خمسة

وعشرون

وعشرون اي لزم في قوله علي مال عظيم من الابل خمس
وعشرون ابلا لانه اول نصاب يجب فيه الزكاة من
جنسه فهو عظيم من وجه دون وجه والمطلق ينصرف الى
الكامل وفي المنح ان قال غصبت ابلا كثيرة او بقرا كثيرة
او غنما كثيرة ينصرف الى اقل نصاب يؤخذ منه ما هو
من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل
والثلاثون من البقر والاربعون من الغنم وعنده يرجع
الى بيان المقر ومن البر خمسة اوسق لانه المقدر بالنصاب
عندهما وعند الامام يرجع الى بيان المقر وفي قول
المصنف مما بين الى هنا لا يخلو عن التشويش يظهر لك
عند التامل ومن غير مال الزكاة لزمه قيمة النصاب
فلا يصدق في اقل من مقدار النصاب قيمة في غير
مال الزكاة كالحمار والبغل لانه قدر قيمته عظيما نصابا وعن
الامام انه مقدر بعشرة دراهم كما في الاختيار ولزم في له
علي اموال عظام ثلاثة نصب من اي مال فسره به
لان اقل الجمع ثلاثة فلا يصدق في اقل منه للتيقن به وفي
دراهم ثلاثة بالاجماع لانها ادنى الجمع وفي دراهم كثيرة عشرة
عند الامام لانها اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع وعندهما
نصاب وهو مائتا درهم لان صاحب النصاب مكثر حتى
وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وعلى هذا
الخلاف اذا قال علي دنانير كثيرة عندهما ينصرف الى
النصاب وعنده الى العشرة وكذا اذا قال علي ثياب
كثيرة فعنده عشرة وعندهما يلزمه ما يساوي مائتي
درهم ولو قال علي مال نفيس او كريم او خطير او جليل
قال الناطفي لم اجده منصوصا عليه وكان الجرجاني يقول

يلزمه مائتان ولو قال له علي كذا درهما لزم درهم لان
كذا مبهم ودرهما تفسير له وفي التتمة والذخيرة يلزمه
درهمان لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان
لان الواحد ليس بعدد وفي شرح المختار وقيل يلزمه عشرون
وهو القياس لان كذا الذكر للعدد عرفا واقل عدد غير
مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض
روي عن محمد يلزمه مائة ولو قال له علي درهم عظيم يلزمه
درهم واحد ولو قال له علي دريهم يلزمه درهم تام لان التصغير
قد يذكر على سبيل الاستقلال فلا ينقص عن الوزن والمعتبر
هو الوزن المعتاد في كل زمان ومكان ولو قال بلا واو له
علي كذا كذا درهما يلزمه احد عشر لان كذا كناية عن العددين
بالاضافة وهو من احد عشر الى تسعة عشر فيحمل على الاقل
لتيقنه وعند الشافعي يلزمه درهم وان ثلث اي قال
بلا واو له علي كذا كذا كذا درهما فكذلك يلزمه احد
عشر ايضا لانه لا نظير له في الفاظ العدد فيحمل الاخير على
التكرار والتاكيد ولو قال له علي كذا وكذا بحرف العطف
لزمه احد وعشرون درهما لانه فصل بينهما بحرف العطف
واقل ذلك من العدد المفسر احد وعشرون واكثره تسعة
وتسعون فالاول يلزمه من غير بيان والزيادة تتوقف
على بيانه وعند الشافعي يلزمه درهما وان ثلث لفظ كذا
بالواو وزيد مائة اي يلزمه مائة واحد وعشرون لانه
اقل ما يعبر عنه بثلاثة اعداد مع الواو وان ربع لفظ كذا
مع تثليث الواو زيد الف على مائة واحد وعشرين لانه
اقل ما يعبر عنه باربع اعداد مع الواو فيحمل على الاقل
المتيقن دون الاكثر اذ الاصل في الذمم البراءة ولو خمس
يزاد

يزاد عشرة آلاف ولو سدس يزاد مائة الف ولو سبع يزاد
الف الف فكلما زاد عدد معطوفا بالواو زيد عليه كما جرت
العادة به اي بما بيناه هنا كما في البحر وكذا كل مكيل وموزون
في جميع ما ذكر من الصور وبشرك في عبد يعني اذا قال
له شرك في هذا العبد فهو نصف عند ابي يوسف لان
الشرك بمعنى الشركة وهي تنبئ عن التسوية وعند محمد
يؤمر بالبيان لان الشرك يجيء بمعنى النصيب وهو مجمل
فعليه بيانه كما في التسهيل والفتوى على قول ابي
يوسف وقوله علي او قبلي اقرار بدين اي لو قال له علي
او قال له قبلي فهو اقرار بدين لان علي للوجوب ولفظ
قبلي يستعمل في الضمان كما مر في الكفالة وفي القدوري
انه امانة والاول اصح كما في الهداية وغيرها وان وصل
به اي قال بلا تراخ هو وديعة صدق لان اللفظ
يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيكون
من قبيل ذكر المحل وارادة ذكر الحال مجازا فيصدق موصولا
كما في الهداية وغيرها وفي المنح ولكنه خلاف الظاهر فلا يصدق
الا عند الاطلاق ويجوز تغييره به متصلا لانه يحتمله
مجازا وان فصل لا يصدق كما لا استثناء والتخصيص ولو قال
عندي او قال معي او قال في بيتي او في صندوقي او كيسي
فهو اقرار بامانة لان هذه المواضع محل للعين لا للدين
اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل ان تكون مضمونة
والامانة ادناهما فيحمل عليها وهذا لان كلمة عند للظرف
ومع للقران وما عداهما للمكان معين فيكون من خصائص
العين ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الاماكن
كما في المنح ولو قال لمن ادعى عليه الفا اتزنه او انتقدها

خذ بالوزن الواجب لك علي وانما انث الضمير مع ان الالف من العدد
اعتبارا للدراهم او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها
او ابرأتني منها او وهبتها لي او تصدقت بها علي او احلتك
بها فقد اقر بالالف لان الهاء كناية عن المذكور في الدعوى
فالمذكور في جميع ذلك فصار كانه اعاد المدعى فيكون اقرارا
الا اذا تصادقا انه على سبيل الاستهزاء او شهد الشهود
بذلك اما اذا ادعى انه قال مستهزئا لم يقبل منه وبلا ضمير لا
اي لا يكون اقرارا بها اذا قال اتزن او انتقد لانه
لا دليل على انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدءا
فلا يلزمه شيء والاصل فيه ان الجواب ينتظم اعادة الخطاب
ليفيدنا الكلام فكل ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا
وما يصلح للابتداء لا للبناء او يصلح لهما فانه يجعل ابتداء فان
ذكرها اي الكناية يصلح جوابا لا ابتداء واذا لم يذكر الهاء لا يصلح
جوابا او يصلح جوابا وابتداء فلا يكون اقرارا بالشك وفي
المحيط لو قال لي عليك الف فقال نعم يكون اقرارا ولو اومى
براسه لا لان الاشارة تقوم مقام الكلام من الاخرس ولو
قال لرجل اعطني ثوب عبدي هذا فقال نعم كان اقرارا منه
بالعبد والثوب له ولو قال اعطني سرج بغلي هذه او لجامها — دابتي
او افتح باب داري او جصصها فقال نعم كان ذلك اقرارا لان
كلمة نعم لا يستقل فلا بد من حملها على الجواب كيلا يصير
لغوا وفي المنح رجل قال لغيره اقرضتك مائة درهم فقال
لا اعود لها او قال اعود بعد ذلك فهو اقرار ولو قال ما
استقرضت من احد سواك او قال من احد غيرك او قال
ما استقرضت من احد قبلك او قال ما استقرضت من احد
بعدك لم يكن اقرارا قال اليس لي عليك الف درهم فقال

المخاطب

المخاطب في جوابه بلى فهو اقرار له بالالف وان قال نعم لا يكون
اقرارا وعامة [illegible] ولو اقر بدين مؤجل وقال
المقر له هو حال لزمه اي المقر حالا كون الدين حالا لانه
اقر بحق على نفسه وادعى لنفسه حقا فيه فيصدق في
الاقرار بلا حجة دون الدعوى كما لو اقر بعبد في يده
انه لفلان استاجره منه يصدقه المقر له في الملك لا الاجارة
وحلف المقر له على الاجل لكونه منكرا وعند الشافعي في قول
واحمد لزمه مؤجلا مع يمينه وفي التنوير بخلاف ما لو اقر
بالدراهم السود فكذبه في صفتها حيث يلزمه اي المقر
ما اقر به فقط كاقرار الكفيل بدين مؤجل ولو قال له علي
مائة ودرهم فالكل دراهم فتلزمه مائة درهم ودرهم
استحسانا عندنا لوقوع درهم تفسيرا للمائة المبهمة والقياس
ان يرجع في تفسير المائة اليه وهو قول الشافعي وكذا
كل ما يكال او يوزن يعني لو قال له علي مائة وقفيز
حنطة يلزمه مائة قفيز حنطة وقفيز حنطة ولو قال
له علي مائة وثوب او قال له علي مائة وثوبان لزمه تفسير
المائة فيلزمه ثوب واحد في الاولى وثوبان في الثانية
بالاتفاق لان المبهمة والثوب عطف عليها لا تفسير لها لان
المعطوف لم يوضع لتفسير المعطوف عليه ولم يكن من
قبيل الاكتفاء كما في مائة ودرهم وان قال له علي مائة
وثلاثة اثواب فالكل ثياب فتلزمه اثواب في الكل لانه
ذكر عددين مبهمين وذكر عقيبهما مميزا بلا واو فينصرف اليهما
لاستوائهما في الحاجة الى التفسير كعدد واحد بالاقرار ان
ولو اقر بتمر في قوصرة وهي وعاء من خوص او غيره

ويقال لها التمر منسوج من قصب وفي الجوهرة القوصرة
بتشديد الراء وتخفيفها وعاء التمر يتخذ من قصب وانما تسمى
قوصرة ما دام فيها التمر والا فهي زنبيل لزماه اي التمر
والقوصرة معا لان غصب الشيء لا يتحقق بدون الظرف وكذا
الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال
غصبت من قوصرة او من سفينة او من جوالق لان كلمة من
للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع او اقر بخاتم لزمه
الحلقة والفص لاطلاق الاسم على جميع الاجزاء ولهذا
يدخل الفص في بيعه من غير تسمية او اقر بسيف فالنصل
اي لزمه حديده والجفن اي غلافه والحمائل وهي علاقة
السيف لان اسم السيف يطلق على الكل او اقر بحجلة بفتحتين
فالكسوة اي لزمه الكسوة والعيدان لانطلاق الكل
على الاسم عرفا لانه بيت مزين بالاسرة والثياب والستور
وقيل بيت يتخذ من خشب وثياب اسمه خركاه واوتاق
دار ان اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة فقط عند
الشيخين لان غصب الاصطبل لا يتحقق لعدم امكان
النقل لكونه محلا للغير فلا يكون تابعا لها وعلى قياس
قول محمد يضمن لان غصب المنقول يتحقق عنده وعلى
هذا الطعام في البيت وان اقر بثوب في منديل لزماه
لان المنديل ظرف للثوب وكذا ان اقر بثوب في ثوب
لزمه الظرف والمظروف لان الاقرار بالمظروف لا يتحقق
بدون ظرفه وان اقر بثوب في عشرة اثواب لزمه ثوب
واحد عند ابي يوسف وهو قول الامام اولا لان كلمة في
تستعمل في البين والوسط قال الله تعالى فادخلي في
عبادي يعني بين عبادي فوقع الشك فلم تثبت

الظرفية

الظرفية ولان العشرة لا تكون ظرفا لواحد عادة والممتنع
عادة كالممتنع حقيقة فيحمل على بيان محله كما لو قال
غصبت سرجا على فرس فانه اقرار بغصب سرج فيكون
ذكر الفرس بيانا للمحل ولزمه احد عشر عند محمد لانه قد
يجوز ان يلف الثوب النفيس في عشرة اثواب فصار كقوله
حنطة في جوالق وفي التبيين ما قاله محمد منقوض بما
اذا قال غصبت كرباسا في عشرة اثواب حرير يلزمه الكل
عنده مع انه ممتنع عرفا ولو قال له علي خمسة في خمسة
لزمه خمسة فان وصلية نوى الضرب المصطلح عليه عند
الحساب لان الضرب خمسة مضروبة والخمسة اذا ضربت
بخمسة تكثر اجزاؤها لا اعيانها تكثر فيبلغ خمسة وعشرين
وقال زفر عشرة وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون
كما في الاصلاح وبنية مع لزم عشرة اي لو قال له اردت
خمسة مع خمسة لزمه عشرة بالاتفاق اذ اللفظ يحتمله وفي قوله
علي من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة يلزمه
تسعة فيهما عند الامام لان الغاية لا تدخل تحت المغيا
لكن الاولى تدخل هنا بالضرورة لان الدرهم الثاني و
والثالث لا يتحقق الا بدون الاولى وعندهما والائمة
الثلاثة عشرة لان الغاية لا بد ان تكون موجودة اذ
المعدوم لا يصلح ان يكون حدا للموجود فوجوده بوجوبه
فتدخل الغايتان وعند زفر تلزمه ثمانية وهو اعتبار
الحدين خارجين وهو القياس لان بعض الغايات
تدخل وبعضها لا فلا تدخل بالشك وان قال له من داري
ما بين هذا الحد الى هذا الحد فله ما بينهما فقط
بالاجماع لوجوده بلا انضمام شيء بخلاف قوله علي ما بين

او ليس للمبيع

اي العشرة اذا بين للبين وجود مستقل لتوقفه على الواحد
فظهر الفرق بينهما وصح الاقرار بالحمل المحتمل وجوده وقت الاقرار
بان اقر بحمل جارية او شاة لرجل يصح اقراره بالاتفاق بلا بيان
سببه وحمل على الوصية من غيره بيانه ان يوصي زيد بحمل
جاريته او شاته لبكر ومات واقر وارثه بان هذا الحمل لبكر
وصح الاقرار للحمل ان بين المقر سببا صالحا يتصور للحمل
كالارث بان قال مات مورث الحمل فورثه الحمل واستهلكت
من ماله المورث الفا مثلا او وصية بان قال ان مورثي
اوصى في حيوته بحمل فلانة الفا مثلا لانه بين سببا صالحا
في الصورتين وهو الارث والوصية فان ولدت الحامل ولدا
حيا لاقل من نصف حول مذ اقر فله اي للحمل ما اقر به المقر
لانه كان موجودا وقت الاقرار بيقين وان ولدت
ولدين حيين فلهما اي فالمال بينهما على السوية ان كانا
ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى فكذلك
في الوصية وفي الارث للذكر مثل حظ الانثيين وفي
القهستاني وفيه اشارة الى ان الام لو كانت معتدة
فولدت لاقل من سنتين من موت احدهما استحق
الولد ما اقر لانه كان في البطن والى انه لو لم تكن
معتدة بل ذات زوج فولدت لاكثر من ستة اشهر
لم يستحق وان ولدت ولدا ميتا فللموصي والمورث اي
يرد المال الى ورثة الموصي والمورث لان هذا الاقرار
في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد ولادته
ولم ينتقل فيكون لورثتهما وان فسر بهبة او اقراض
اي ان فسر المقر بسبب غير صالح بان قال انه باع مني
هذه الدار بكذا لا يلزمه شيء اذ لا يتصور شيء منه من

الجنين

وان كان احدهما ميتا كان الوصية كلها للحي كما اذا اوصى لحي وميت كان المال كله للحي ولو ولدت حيا ثم مات كان المال ميراثا لورثته من غاية البيان

الجنين او ابهم المقر الاقرار بلا بيان سبب اصلا بان قال
علي لحمل فلانة كذا الفا اي يكون اقراره لغوا فلا يلزمه
شيء ايضا عند ابي يوسف لان وجوه فساده اكثر كالبيع
والشراء والاقراض والهبة من وجوه جوازه كالارث
والوصية مع ان الحمل على الجواز متعذر اذ الجمع بينهما
غير مقصود وليس لاحدهما بان يعتبر سببا اولى من
الآخر فتعين الفساد خلافا لمحمد لان الاقرار من الحجج
فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح وفي
التنوير والاقرار للرضيع صحيح وان بين سببا غير
صالح منه حقيقة كالاقراض وان اقر بشرط الخيار
بان قال له علي الف درهم قرض او غصب او عارية قائمة
او مستهلكة علي اني بالخيار ثلاثة ايام لزمه المال وبطل
الشرط لان الاقرار اخبار والاخبار لا تقبل الخيار وزاد
صاحب المنح قوله وان صدق المقر لا عبرة بتصديقه
الا ان اقر بعقد بيع وقع بالخيار له فانه يصح الاقرار ويثبت
الخيار اذا صدقه المقر له او اقام عليه بينة الا ان
يكذبه المقر له فلا يثبت الخيار وكان القول قول المقر
كاقراره بدين بسبب كفالة على انه بالخيار في مدة
ولو كانت طويلة فانه يجوز ان صدقه المقر وفي الغرر
اشهد على الف في مجلس واقر ان في آخر لزمه الفان
الامر بكتابة الاقرار اقرار احد الورثة اقر بالدين
قيل يلزمه كله وقيل حصته لكن الفتوى في زماننا
بالاول وفي التنوير اقر ثم ادعى المقر انه كاذب في
الاقرار يحلف المقر له انه لم يكن كاذبا عند ابي يوسف
وبه يفتي وسيأتي ان شاء الله في مسائل شتى وكذا

لو ادعى وارث المقر ان كانت الدعوى على ورثة المقر فاليمين
عليهم بالعلم انا لا نعلم انه كان كاذبا وفي المنح اذا قال
ذو اليد ليس هذا لي او ليس ملكي او لا حق لي فيه او ليس لي
فيه حق او ما كان لي او نحو ذلك ولا منازع له حين ما قال ثم
ادعى ذلك احد فقال ذو اليد هو لي صح ذلك منه والقول
قوله وهذا التناقض لا يمنع اقر رجل بعين لا عليه صح اقراره
حتى لو ملكه يوما من الدهر كان يؤمر بالتسليم الى المقر له طلب
الصلح عن الدعوى لا يكون اقرارا وطلب الصلح عن المدعى
يكون اقرارا ابرائي عن الدعوى ليس باقرار ابرائي عن
هذا المال يكون اقرارا الاقرار بشيء محال باطل وتمامه فيه
فليطالع

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع في بيان موجبه مع
المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيرا للسابق
كالشرط ونحوه والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا باعتبار
الحاصل من مجموع التركيب ونفي باعتبار الاجزاء هذا عندنا
وعند الشافعي اخراج بعد الدخول بطريق المعارضة
وهذا مشكل فان الاستثناء جائز في الطلاق والعتاق
ولو كان اخراجا لما صح لانهما لا يحتملان الرجوع والرفع
بعد الوقوع كما في التبيين وشرط في الاستثناء
الاتصال بالمستثنى منه الا اذا انفصل عنه لضرورة
تنفس او سعال او اخذ فم لا يقطع الاتصال كما مر في الطلاق
والنداء بينهما لا يضر كقوله لك علي الف درهم يا فلان
الا عشرة بخلاف لك الف فاشهدوا الا كذا ونحوه
مما يعد فاصلا فان الاستثناء لا يصح معه كما في المنح
وفيه اشارة الى انه لو استثنى منفصلا عن اقراره
لا يصح

لا يصح لانه يؤدي الى الرجوع عن الاقرار والرجوع عنه
غير جائز مطلقا فيلزمه ما اقر صح استثناء بعض ما اقر
به لو كان الاستثناء متصلا باقراره ولزمه باقيه لان
الاستثناء مع الجملة اي المتقدم عبارة عن الباقي لان معنى
قوله علي عشرة الا درهما معنى قوله علي تسعة سواء
استثنى الاقل او الاكثر وهو قول الاكثر لوروده في كلام
الله تعالى وهو المذهب كما في التبيين وقال الفراء
استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لا تتكلم بذلك وهو
مذهب زفر وفي النهاية ولا فرق بين استثناء الاقل
او الاكثر وان لم تتكلم به العرب ولا يمنع صحته اذا كان موافقا
لطريقهم كاستثناء الكسور ولم تتكلم به العرب وهو الصحيح
ولا فرق بين ان يكون الاستثناء مما لا يقسم او مما يقسم حتى
اذا قال هذا العبد لفلان الا ثلثه او قال الا ثلثيه
صح ويبطل استثناء الكل وان ذكره موصولا فيلزمه كله
لانه لا يكون بيانا لكلامه بل يكون رجوعا عن اقراره
وذا غير جائز كما في كتب المعتبرات وفي شرح المجمع ان
استثناء الكل من الكل انما يبطل اذا كان بعين لفظ
المستثنى منه واما اذا كان بغيره فيصح كما لو قال
ثلث مالي لزيد الا الفا وثلث ماله الف فيصح الاستثناء
ولا يكون لزيد شيء كما مر في الطلاق وفي الجوهرة واختلفوا
في استثناء الكل فقال بعضهم هو رجوع لانه يبطل كل
الكلام وقال بعضهم هو استثناء فاسد وليس برجوع
وهو الصحيح انتهى وقال صاحب المنح مقتضى هذا
الكلام صحة استثناء الكل من الكل فيما يقبل الرجوع
وليس كذلك وعن هذا قال في تنويره والاستثناء

المستغرق باطل ولو فيما يقبل الرجوع كوصية ان كان بلفظ
الصدر او مساويه وان بغيرهما كعبيدي احرار الا هؤلاء
او الا سالما وغانما وراشدا وهم الكل صح الاستثنا وتفصيله
الطلاق وان اقر بشيئين واستثنى احدهما او احدهما
وبعضا الاخر بطل استثناؤه يعني لو قال له علي كر حنطة
وكر شعير الا كر حنطة وقفيز شعير فاستثنا كر وقفيز
باطل عند الامام خلافا لهما اي كالاصح استثنا القفيز
لان الكلام متصل لان قوله الا كر حنطة استثنا صحيح لفظا
الا انه غير مفيد واذا كان كلاما متصلا كان استثنا
القفيز متصلا فيصح وله ان استثنا الكر باطل
اجماعا فكان لغوا فكان قطعا للكلام الاول فيكون
الاستثنا منقطعا وانما صورناها بتقديم الكر لانه
لو قدم القفيز بان قال الا قفيز شعير وكر حنطة يصح
استثنا القفيز اتفاقا لعدم الفاصل كما في شرح المجمع
وغيره فعلم ان هذا الاطلاق الماتن ليس بجيد بل يلزم التفصيل
تامل وان استثنى بعض احدهما بان قال له علي كر
حنطة وكر شعير الا قفيز حنطة او الا قفيز شعير
او بعض كل منهما بانه قال له علي كر حنطة وكر شعير
الا قفيز حنطة وقفيز شعير صح اتفاقا في الصورتين
لعدم تخلل القاطع في الاولى وكذا في الثانية لان قوله
الا قفيز حنطة استثنا صحيح مفيد فلا يكون قاطعا
فصح العطف عليه فيلزمه كر حنطة وكر شعير الا قفيز
حنطة وقفيز شعير كما في الاختيار ولو استثنى كيليا
او وزنيا او عدديا متقاربا من دراهم بان قال له
علي مائة درهم الا قفيز بر او الا دينارا او الا مائة

جوز

كراس ٢٥

١٤١ ٣

٤١١

جوز صح بالقيمة استحسانا عند الشيخين ولزمه مائة
درهم الا قيمة القفيز او الدينار ولغو لان الاستثنا
اخراج البعض من المستثنى منه من حيث المعنى اذ القدر
جنس واحد معنى ولو اجناسا صورة لانها تثبت في
الذمة والقياس ان لا يصح هذا الاستثنا وهو قول
محمد وزفر وعن هذا قال خلافا لمحمد لان الاستثنا
اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا
الاستثنا لكان داخلا تحت الصدر وهذا لا يتصور في
خلاف الجنس ولو استثنى منها اي من الدراهم شاة او ثوبا
او دارا بطل اتفاقا لان ذلك العدد لا يمكن الاتحاد الجنسي
بالا بمعنى وصف الثمنية ولو معنى وقال مالك والشافعي
يجوز في كل واحد من الكيلي والوزني والعددي لتحقق
المجانسة من حيث المالية فيطرح قدر قيمة المستثنى ويلزم
الباقي وفي التنوير واذا استثنى عددين بينهما حرف
الشك كان الاقل مخرجا نحو له علي الف درهم الا مائة
وخمسين فيلزمه تسعمائة وخمسون على الاصح
واذا كان المستثنى مجهولا يثبت الاكثر نحو له علي
مائة درهم الا شيئا او قليلا او بعضا لزمه احد وخمسون
لكلام المسائلتين في شرحه فليحفظ انتهى ومن وصل باقراره
ان شاء الله بطل اقراره لان التعليق بمشيئة الله تعالى
ابطال عند محمد فيبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق بشرط
لا يوقف عليه عند ابي يوسف فكان لعدما منذ الاصل
كما في الدرر وغيره لكن في العناية خلافه لانه قال
ومن قال لفلان علي مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه
الاقرار لان الاستثنا بمشيئة الله اما ابطال كما هو

ثمنا فكانت جنسا واحدا من حكم الثبوت في الذمة

٢٥

بما هو مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب محمد كما
قررناه في الطلاق فتلزم المنافاة الا ان يحمل علي اختلاف
الروايتين وكذا ان علقه بمشية من لا تعرف مشيته كالملايكة
والجن اي ان شا الجن او الملايكة لانه لا تعرف مشيتهم
فلا يقع عليه شي لان الاصل براءة الذمم فلا يثبت
بالشك وفي البحر وكذا بمشية فلان وان شا وكذا كل اقرار
علق بشرط علي خطر ولم يتضمن دعوي الاجل كاذا جاء
راس الشهر فلك علي كذا لزمه بالحال ويحلف للمقر
له في الاجل ولو اقر بدار واستثني بناها بان قال هذه
الدار لزيد والبنا لنفسي كانا اي الدار والبنا جميعا
للمقر له لان البناء اخل في الاقرار معني لا لفظا والاستثنا
تصرف في اللفظ فلم يصح بخلاف استثنا البيت من
الدار كاستثنا ثلثها لان اجزا الدار داخلة تحت الدار
فصح استثناوه وعند الايمة الثلاثة يصح استثنا البنا
منها ولو قال للمقر بناها في العرصة اي البقعة له
كان الحكم اي الاقرار كما قال بان يكون البنا له والعرصة
للمقر لان العرصة عبارة عن البقعة دون البنا فصار كانه
قال بياض هذه الارض دون البنا لفلان بخلاف ما
اذا قال بناها هذه الدار لي وارضها لفلان حيث يكون له
البنا ايضا لان الارض كالدار فيتبعها البنا بخلاف
ما اذا قال بناها هذه الدار لزيد والارض لعمرو حيث يكون
كما قال لانهما اقربه وفص الخاتم ونخل البستان كبنايها
وكذا طوق الجارية لان دخول الفص في الخاتم والنخل
والبنا في الارض تبعا والنخل في البستان ولو قال له علي الف
درهم من ثمن عبد اشتريته منه لم اقبضه اي العبد

الجملة

الجملة صفة عبد فان عينه اي المقر بان ذكر عبدا بعينه وصدق
المقر له في شرايه وعدم قبضه قيل للمقر له سلم العبد الي
المقر وتسلم امر من التسلم اي خذ ثمنه منه ان شيت
فان سلم المقر له العبد المعين بان يحضره بين يديه
يلزم علي المقر الف بعد العقد لانه اقر له بالف علي
صفة فيلزمه علي الصفة التي اقر بها وان لم يسلم
العبد الي المقر لا يلزمه الف اجماعا وهذه المسلة علي
وجوه احدها ما ذكرنا والثاني ان يقول المقر له العبد
عبدك ما بعته وانما بعتك وحكمه ان لا يلزم علي المقر شي والرابع
ان يقول المقر له العبد عبدي ما بعتك وانما بعتك غيره وحكمه ان يتحالفا
لانهما اختلفا في المبيع وهو يوجب التحالف وتمامه في الدرر
فليراجع وان لم يعينه اي المقر العبد فلم يصدقه المقر له في عدم
قبضه لزمه اي المقر الالف ولغا قوله لم اقبضه عند الامام
لانه رجوع بعد الاقرار فلا يصح لا موصولا ولا مفصولا لانه
قال زفر والحسن وعندهما ان وصل صدق ولا يلزمه
شي وان فصل فان انكر المقر له سبب الوجوب لم يصدق
وان صدقه المقر له لانه بيان تغيير موصولا لا مفصولا
وبه قال الايمة الثلاثة ولو قال له علي الف من ثمن خمر
او خنزير لا يصدق عند الامام وصل او فصل لزمه الالف
وعندهما والايمة الثلاثة ان وصل صدق في المسلتين
ولا يلزمه الالف علي كلام اتفاقا ولو قال له علي الف درهم
حرام او ربوا فهي لازمة له لاحتمال ان يكون هذا حلالا
عند غيره ولو قال زورا او باطلا ان صدقه المقر له فلا
شي عليه وان كذبه لزمه كما في التبيين ولو قال له علي
الف من ثمن متاع او اقرضني وهي اي الالف زيوف او نبهرج

قلنا آخر والحكم فيه كالاول والثالث ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه صح

بلغ

اوستوقة او رصاصا يلزمه الجياد لان البيع او الرهن يقع على
الجياد فلا يجوز التغيير بعدها هذا عند الامام لانه رجوع
عن اقراره وصل او فصل وقالا يلزمه ما قال ان وصل لما
مر من انه بيان تغيير فيصدق موصولا لا مفصولا وبه
قالت الائمة الثلاثة وان قال له علي الف من غصب او وديعة
وهي زيوف او نبهرجة صدق اتفاقا وصل ام فصل فيلزمه
ما اقر به لان الغصب لا يقتضي السلامة وكذا الوديعة
لان الشخص يغصب ما يجده ويودع ما يملكه فلا يكون رجوعا
بل بيانا للنوع فيصدق مطلقا ولو قال له علي الف من
غصب او وديعة وهي ستوقة او رصاص فان وصل صدق
لانه بيان تغيير والا فلا اي وان فصل لا يصدق لانهما ليسا
من جنس الدراهم لان اسم الدراهم يتناولهما بطريق
المجاز فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل ولو قال غصبته
ثوبا وجاء بمعيب اي بثوب معيب صدق المقر مع الحلف لانه لم
يثبت الخصم سالما مع ان الغصب غير مختص بالسليم
كالوديعة ولو قال له علي الف الا انه ينقص مائة صدق
ان وصل والا لزم الالف تاما لان الاستثناء يجوز متصلا
لا منفصلا ولو قال المقر اخذت منك الفا وديعة فهلكت في
يدي من غير تعد وقال المقر له بل اخذتها مني حال كونها
غصبا ضمن المقر ما اقر باخذه له لانه اقر بسبب الضمان وهو
الاخذ ثم انه ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ
والاخر ينكر فالقول قوله مع يمينه بخلاف ما اذا قال له
المقر بل اخذتها قرضا حيث يكون القول للمقر لانهما
تصادقا على ان الاخذ حصل باذنه وهذا لا يوجب
الضمان على الاخذ الا باعتبار عقد الضمان فان كان

يدعي

يدعي عليه العقد وذلك ينكر فالقول قول المنكر ولو قال
المقر له اخذتها اعطيتني لا يضمن المقر لانه لم يقر بما يوجب
الضمان بل اقر بالاعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون مقرا
على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعي عليه بسبب
الضمان وهو ينكر فالقول قوله ولو قال غصبت هذا
الشيء من زيد لا بل من عمرو فهو اي الشيء لزيد وعليه
اي المقر قيمته لعمرو لان قوله من زيد اقرار له ثم قوله
لا رجوع عنه فلا يقبل وقوله بل لعمرو اقرار منه
وقد استهلكه بالاقرار لزيد فيجب عليه قيمته لعمرو
ولو قال له علي الف لا بل الفان يلزمه الفان استحسانا
وفي القياس يلزمه ثلاثة الاف وهو قول زفر ولو قال
غصبت عبدا اسود لا بل ابيض لزمه عبد ابيض ولو
قال غصبت ثوبا هرويا لا بل مرويا لزماه وكذا له علي كر
حنطة لا بل كر شعير لزماه ولو قال لفلان علي الف لا بل
خمسمائة لزمه الالف والاصل في ذلك ان لا بل متى تخللت
بين المالين من جنسين لزماه وكذا من جنس واحد
اذا كان المقر له اثنين فاذا كان واحدا والجنس واحد
لزم اكثر المالين وتمامه في الاختيار فليراجع وفي التنوير
ولو قال الدين الذي لي على فلان لفلان او الوديعة
التي عند فلان هي لفلان فهو اقرار له وحق القبض
للمقر ولكن لو سلم الى المقر له برئ ولو قال لاخذ هذا الشيء
كان لي وديعة عندك فاخذته وقال الاخر هو لي دفع
الشيء الى الاخر لان المقر اقر باليد له ثم بالاخذ منه
وهو سبب الضمان ثم ادعى استحقاقه عليه فلا يقبل
دعواه فوجب عليه رده عينه كان او قيمته هالكا ثم

يقيم البينة على صدق دعواه ان قدر وان قال اجرت فرسي
او ثوبي هذا فلانا فركبه اي الفرس او لبسه اي الثوب
ورده اي رد الفرس او الثوب علي وقال فلان هما لي او
اعرته او اسكنته داري ثم ردها اي الدار علي صدق
يعني القول قول المقر في ذلك عند الامام استحسانا
لان اليد في الاجارة والاعارة تثبت ضرورة استيفا
المنافع فتكون اليد عدما فيما عدا الضرورة فالاقرار
له باليد لا يكون مطلقا بخلاف الوديعة والقرض لان
اليد فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما اقرارا لهما باليد
وعندهما وعند الائمة الثلاثة القول مع يمينه له
للماخوذ منه وهو القياس لان المقر اعترف بيد المقر
له ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل اقراره له دون
دعواه عليه فيجب عليه الرد ثم يقيم على صدق دعواه
بينة ان قدر ولو قال الخياط خاط ثوبي هذا بكذا ثم
قبضته منه وادعاه الخياط اي قال الثوب ثوبي ففي
هذا الخلاف اي يصدق القابض عند الامام لا عندهما
في الصحيح احترازا عن قول بعضهم ان القول قول المقر
بالاجماع وفي الاسرار اذا لم يكن الدابة او الثياب
معروفة للمقر ولو كانت معروفة كان القول قوله
وفاقا ولو قال له اقتضيت اي قبضت من فلان الفا
كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر
فلان فالقول له اي قوله بانه ما اخذها منه وهذا ظاهر
لان القابض قد اقر بانه ملكه وان اخذه منه اقتضاء
بحقه وهو مضمون عليه اذ الديون تقضى بامثالها
واذا اقر بالاقتضا فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى

بانه بيان

عليه

عليه ما يبرئه من الضمان وهو تملكه عليه بما يدعيه
من الدين مقاصة والآخر ينكره فالقول للمنكر ولو
قال زرع فلان هذا الزرع او بنى هذه الدار او غرس
هذا الكرم في استعنت به اي بفلان فيه اي في الزرع
او البنا او الغرس وذلك كله في يد المقر وادعى فلان ذلك
اي قال الملك ملكي وفعلت ذلك لنفسي لا باعانة لك
ولا باجر منك كما زعمت فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد
انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر
وصار كما قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم
ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد فيكون القول
للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر
كذا هنا ولو قال ان هذا اللبن وهذا السمن او هذا
الجبن من بقرة فلان او هذا الصوف من غنمه او هذا
التمر من نخلته وادعى فلان انه له امر بالدفع اليه
لان الاقرار بملك الشيء اقرار بما يتولد منه لانه
يملكه بملك الاصل كما في التبيين باب
اقرار المريض افرده في باب على حدة لاختصاصه
باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض بعد الصحة
دين صحته اي المريض وما لزمه اي المريض في مرضه
اي في مرض الموت بسبب معروف كبدل ما ملكه باحد
بالاستقراض او بالشرا وعاينه الشهود واهلكهما لا
او تزوج بمهر مثلها وعاينها الناس سوا لانه لما علم
بسببه انتفى التهمة في الاقرار به فصار كالدين
الثابت بالبينة في مرضه ويقدمان اي دين الصحة
وما لزمه في مرضه بسبب معروف على ما اقر به في مرضه

ولو كان المقر به وديعة كما في البحر هذا عندنا وعند الائمة
الثلاثة الدينان سواء لانه اقرار لا تهمة فيه لانه صادر
عن عقل والذمة قابلة للحقوق في الحالين ولنا ان حق
غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت في اول مرضه
لانه عجز عن قضائه عنها الا منه فالاقرار فيه صادف
حق غرماء الصحة فكان محجورا عنه ومدفوعا به والكل اي
كل واحد من دين الصحة ودين المرض بسبب معلوم
ودين المرض الثابت بمجرد الاقرار فالكل اقرار عليه
فانه اكثر استعمالا كما في القهستاني مقدم على الارث
وان احاط الديون المذكورة جميع ماله والقياس ان
لا ينفذ الا من الثلث لكن ترك بالاثر وهو قول ابن
عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك في جميع
تركته والاثر في مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا
يترك بالقياس فصار المقر له اولى من الورثة ولا قضاء
دينه من حوائجه الاصلية كتكفينه ولا يصح تخصيص
اي المريض غريما من الغرماء بقضاء دينه اي ليس للمريض
ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض ولو اعطاء مهر
وايفاء اجرة لان فيه ابطال حق الباقين الا اذا قضى
ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى فيه وقد
علم ذلك بالبينة بخلاف ما اذا لم يؤد حتى مات فان
البائع اسوة للغرماء اذا لم تكن العين في يده واذا اقر
بعين ثم بدين تحاصا وصل او فصل ولو اقر بدين ثم
بوديعة تحاصا وعلى القلب الوديعة اولى واقراره
ببيع عبد في صحته وقبض الثمن مع دعوى المشتري
ذلك صحيح في البيع دون قبض الثمن الا بقدر
الثلث

الثلث بخلاف اقراره بان هذا العبد لفلان فانه كالدين
ولو اقر بقبض دينه ان كان دين الصحة يصح مطلقا سواء
كان عليه دين الصحة اولا وان كان دين المرض ان كان
عليه دين الصحة لا يصح ولا ينفذ من الثلث الا في اقراره
باستيفاء بدل الكتابة كما فذا ابراه مديونه وهو
مديون عن جايزه كان اجنبيا او ان كان وارثا فلا
يجوز مطلقا وقوله لم يكن لي على هذا المطلوب شيء صحيح
قضاء لا ديانة كما في البحر وفي المنح قالت فيه ليس لي على
زوجي مهر او قال فيه لم يكن لي على فلان شيء ليس
لورثته ان يدعوا عليه شيئا في القضاء وفي الديانة
لا يجوز هذا الاقرار ولو اقر الابن فيه انه ليس له
على والده شيء من تركة امه صح بخلاف ما لو ابراه او وهبه
وكذا لو اقر بقبض ما له منه وتمامه فيه فليطالع ولا
يصح اقراره اي المريض بدين او عين لوارثه عند
اقراره وعند الشافعي في القول الاصح لانه اظهار صح
حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه فصار كالاقرار
لاجنبي وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه
السلام لا وصية للوارث ولا اقرار له بالدين لانه ضرر
لبقية الورثة الا ان يصدقه اي المريض بقية الورثة
لان عدم الصحة كان لحقهم فاذا صدقوه فقد اقروا
بتقدمه عليهم فيلزمهم وكذا لو كان له دين على وارثه
فاقر بقبضه لا يصح الا ان يصدقه البقية وكذا لو رجع
فيما وهبه في مرضه او قبض ما غصبه منه او رهنه عنده
او استرد المبيع في البيع الفاسد وكذا لا يجوز ذلك
لعبد وارثه ولا لمكاتبه لانه يقع ملكا له قضاء ولو صدرت
الاقرار

هذه الاشياء منه للوارث وهو مريض ثم برئ ثم مات جاز
ذلك كله لانه لم يكن مرض الموت فلم يتعلق به حق الورثة
كما في الاختيار ود وفي التنوير اقر فيه لوارثه بوديعة في الحال
بتسليمها الى الوارث فاذا مات برده وفي القنية تصرفات
المريض نافذة وانما تنتقض بعد الموت وان اقر المريض لاجنبي
صح لعدم التهمة ولو وصلية احاط بماله اي استغرق بماله لما
بينا وان اقر المريض لاجنبي ثم اقر انه ابنه ثبت نسبه لان
النسب من الحوائج الاصلية ولا تهمة فيه وبطل اقراره لان
دعوة النسب تستند الى زمان العلوق فيظهر ان البنوة
ثابتة زمان الاقرار فيبطل الا عند الشافعي في الاصح وكذا
لا يبطل اذا لم يثبت وان اقر المريض لاجنبية اي لامراة اجنبية
ثم تزوجها لا يبطل اقراره لها وقال زفر يبطل لانها وارثة
عند الموت فيحصل التهمة ولنا انه اقر وليس بينهما سبب
التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده ولهذا قال في البحر
وغيره والعبرة لكونه وارثا وقت الموت لا وقت الاقرار الا
اذا صار وارثا بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة وفي
التنوير بخلاف اقراره لاخيه المحجوب اذا زال حجبه
وصار غير محجوب فانه يبطل اقر فيه انه كان له على ابنته
الميتة عشرة قد استوفيتها وكذا مر ابن بكر ذكره صح اقراره
كما لو اقر لامراته في مرض موته بدين ثم ماتت قبله وتركت
وارثا وقيل لا يصح ولو اوصى لها اي لاجنبية شيئا ثم تزوجها
بطلت الوصية لانها تمليك مضافا الى ما بعد الموت
وهي وارثة في الوقت فتبطل ولو وهبها اي الاجنبية
ثم تزوجها فلا رجوع هذا مخالف لعامة المتون والشروح
حيث قالوا في هذا المحل ان الهبة المذكورة باطلة
كالوصية

فلو اقر لاخيه مثلا ثم ولد له صح الاقرار لعدم ارثه وقت الموت در مختار

كالوصية لان الهبة في المرض وصية فمعنى هذه الوقاية ولو
اوصى لها او وهبها ثم تزوجها بطلت لكان اخصر واوفى
والعجب من المصنف قد نطق بالحق في كتاب الوصايا
حيث قال وتبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها
بعدهما وغفل ههنا الا ان يقال انه يمكن الجواب عن طرف
المصنف بان المراد بقوله فلا رجوع البطلان لانه لو
كانت الهبة باطلة لا يجري عليها الرجوع فذكر عدم
الرجوع واراد البطلان وفي التنوير ولو اقر لمن طلقها
ثلاثا فيه اي في المرض فلها الاقل من الارث والدين
هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها
الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها وان اقر رجل
بغلام اي ولد فيشمل البنت مجهول النسب في بلد هو
هو فيها وهو المراد من مجهول النسب في كل موضع
على ما في القنية لكن في اكثر الكتب ان يجهل نسبه في مولده
فان تعرف نسبه فيه فهو معروف النسب يولد مثله
صفة لغلام او حال منه مثله اي مثل هذا الغلام لمثله
اي لمثل هذا المريض بان يكون الرجل اكبر منه باثنتي
عشرة سنة ونصف والمراة اكبر منه بتسع سنين
ونصف كما في المضمرات انه اي ان هذا الغلام ابنه
وصدقه اي المقر الغلام ان كان الغلام مميزا لانه في يد
نفسه بخلاف الصغير لانه في يد غيره فيكون بمنزلة البهيمة
فلم يعتبر هذا الشرط وعند الائمة الثلاثة بلا تصديقه
ايضا يعتبر لو كان مكلفا ثبت نسبه اي الغلام منه
اي من المقر لان النسب من الحوائج الاصلية ولا تهمة
فيه ولو كان المقر في حالة الاقرار مريضا وشارك الغلام

الورثة المعروفة في الميراث لانه صار كالوارث المعروف
بثبوت نسبه منه وصح اقرار الرجل بالوالدين
والولد بالشروط المتقدمة في الابن لانه اقرار على
نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير والزوجة
اي صح اقراره بالزوجة بشرط خلوها عن زوج وعدته
وبشرط ان لا يكون تحت المقر اختها ولا رابع سواها
والمولى اي صح اقراره بالمولى من جهة العتاقة ان لم يكن
ولاه ثابتا من جهة غير المقر وشرط تصديق هولاء لان
اقراره على غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم في يد نفسه الا اذا
كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا
له فثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبدا للغير يشترط
تصديق مولاه لانه الحق له وكذا يصح اقرار المراة
بالوالدين والولد والزوج والمولى كما ذكرنا لكن شرط
في اقرارها اي المراة بالولد تصديق الزوج ايضا كما ان
تصديق الولد شرط لان الولد للعزا شرد الحق له فاذا
صدقها فقد اقر به هذا اذا كان لها زوج او كانت معتدة
منه وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل النسب
عليه فلا يلزمه بقولها اما اذا لم يكن لها زوج ولا هي
معتدة او كان لها زوج وادعت ان الولد من غيره
صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ
عليها او لشهادة قابلة بولادته منها لان قول القابلة حجة
في تعيين الولد وصح تصديقهم بعد موت المقر لبقاء
النسب بعد الموت الا تصديق الزوج بعد موتها اي
الزوجة لان تصديقه بعد موتها باطل عند الامام
لانه لما مات زال النكاح بعلايقه في حياته اذ يجوز
له ان

ان يتزوج اختها او اربعا سواها ولا يحل له ان يغسلها
عندنا فالتصديق منه لا يفيد شيئا ولو باعتبار
الارث لانه معدوم وقت الاقرار لان التصديق اذا صح
يستند الى وقت الاقرار فلا يمكن اعتبار التصديق
باعتبار ارث سيحدث بخلاف ما اذا اقر بنكاح امراة
ومات فصدقته بعد موته لان علايق النكاح باقية
بعد موته في حياتها ولذا يحل لها ان تغسله لكونه مالكا
لها حتى يبقى ملكه الى انقضا العدة فلها المهر والارث
منه وفاقا وعندهما والايمة الثلاثة يصح ايضا اي كما
يصح تصديقهم بعد موت المقر لبقا النكاح بعد موتها
في حق الارث والاقرار قايم والتكذيب منه لم يوجد
فيصح التصديق في هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما
فيرث منها ولهذا لو اقام البينة على النكاح بعد موتها تقبل
وان اقر رجل بنسب غير الولاد كالاخ والعم لا يثبت النسب
منه لان فيه حمل النسب على غيره فلا يجوز الا باقامة
البينة الا في حق نفس المقر حتى يلزمه الاحكام من
النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك الاقرار
لان اقرارهما حجة عليهما فيرثه اي يرث هذا المقر له
من ذلك المقر ان لم يكن اي للمقر وارث معروف ولو كان
بعيدا فانه مقر بشيئين بالنسب ففيه مقر على غيره فلا
يجوز وباستحقاق ماله ففيه مقر على نفسه فيقبل عند عدم
المزاحم وان كان له وارث قريب او بعيد لا يرث المقر
له من المقر ومن مات ابوه فاقر باخ وهو مصدق فمشاركه
في الارث ولا يثبت نسبه لان الميراث حقه فيقبل فيه
قوله واما النسب ففي ثبوته تحميله على الغير فلا يقبل

فيه ولو كان لابني الميت دين على شخص فاقر احدهما
بقبض ابيه نصفه فالنصف الباقي للآخر ولا شيء للمقر
يعني ان مات وترك ابنين وله على رجل مائة درهم
مثلا فاقر احد الابنين ان اباه قبض منه نصفه
وكذبه الآخر فلا شيء للمقر وللمكذب نصفه لانه اقر
بالدين على الميت وكذبه اخوه فينفذ في حقه خاصة
فوجب على الميت محسوبا على ذمته والدين مقدم
على الميراث فاستغرق نصيبه وليس له ان يشارك اخاه
في الخمسين وان تصادقا على انه مشترك بينهما لانه
لو رجع المقر على اخيه رجع اخوه على الغريم بما بقي من
الدين على ذمته ثم رجع الغريم على المقر فيدور على
خمسين مما اخذه من اخيه المكذب لان المقر وارث لانه
لا يأخذ شيئا الا بعد قضاء الدين فيؤدي الى الدور وقال
صاحب الدرر في عز حرة اقرت بدين لآخر فكذبها
زوجها صح في حق زوجها عند الامام حتى تحبس وتلازم
وعندهما لا مجهولة النسب اقرت بالرق لانسان ولها
زوج واولاد منه وكذبها الزوج صح في حق المراة لا في
حق الزوج وحق الاولاد حتى لا يبطل النكاح
والاولاد حصلت قبل الاقرار احرار مجهول النسب
عبد [illegible] اقر بالرق لانسان وصدقه المقر صح اقراره
في حقه حتى صار رقيقا له دون ابطال العتق حتى
بقي معتقه فان مات العتيق كان ميراثه لوارثه
ان كان له وارث والا فالمقر يبقى معتقه فان مات
المعتق العتيق فلعصبة المقر

كتاب الصلح

وجه المناسبة في ايراده بعد الاقرار ان

انكار

انكار المقر سبب للخصومة وهي تستدعي الصلح هو لغة
[illegible] الاقرار اسم بمعنى المصالحة وهي المسالمة خلاف
المخاصمة واصله من الصلاح ضد الفساد وفي الشرع هو
اي الصلح عقد يرفع النزاع من الطرفين وسببه تعلق
البقاء المقدور بتعاطيه وركنه الايجاب والقبول
الموضوعان له كما في الدرر وفي العناية الايجاب مطلقا
والقبول فيما يتعلق بتعيين بالتعيين وقالوا اما اذا
وقع الدعوى في الدراهم وطلب الصلح على ذلك الجنس
فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول
المدعى عليه وشرطه العقل لا البلوغ والحرية وصح من
صبي مأذون ان عري عن ضرر بين ومن عبد مأذون
ومكاتب وشرطه ايضا كون المصالح عليه معلوما
ان كان يحتاج الى قبضه وكون المصالح عنه حقا
يجوز الاعتياض عنه ولو كان عن غير مال كالقصاص
والتعزير معلوما كان المصالح عنه او مجهولا لا يصح
الصلح لو كان المصالح عنه مما لا يجوز عنه كحق الشفعة
وحد القذف والكفالة بالنفس وحكمه وقوع البراءة عن
الدعوى كما في المنح والبحر ويجوز الصلح مع اقرار من المدعى
عليه وسكوت منه بان لا يقر ولا ينكر وانكار وكل ذلك
جائز عندنا لقوله تعالى والصلح خير عرفه باللام
فالظاهر العموم ولقوله عليه السلام الصلح جائز فيما
بين المسلمين الا صلحا احل حراما وحرم حلالا وقال
الشافعي لا يجوز مع الانكار والسكوت لانه صلح احل
حراما لانه اخذ للمال بغير حق في زعم المدعى عليه فكان
رشوة ولنا اول ما تلونا وما رويناه وتاويل آخره

فالاول اي الصلح بالاقرار كالبيع في احكامه ان وقع عن
مال بمال لوجود معنى البيع وهو بالتراضي من غير
جنسه ثم فرعه بقوله فتثبت فيه الشفعة اي تثبت
الشفعة في الصلح عن عقار او على عقار كما تثبت في البيع
فللشفيع حق المطالبة في كل منهما والرد بالعيب بان
كان بدل الصلح عبدا مثلا فوجد المدعي فيه عيبا له
ان يرده وخيار الرؤية بان لم ير المصالح ما وقع عليه
الصلح وقت الصلح ثم رآه له الخيار فيه والشرط بان
تصالحا على شيء بشرط احدهما الخيار لنفسه لانه من
احكام البيع وتفسده اي الصلح جهالة البدل اي الذي
وقع عليه الصلح لانه بيع فصار كجهالة الثمن لا تفسده
جهالة المصالح عنه لانه يسقط وجهالة الساقط لا
تفضي الى المنازعة خلافا للشافعي وفي العناية
تفصيل فليطالع وتشترط القدرة على تسليم البدل
لان القدرة عليه شرط في صحة الصلح ككون معلومية
البدل شرطا في الصحة وان استحق في صلح مع اقرار
بعض المصالح عنه او استحق كله رجع المدعى عليه
على المدعي بكل البدل او ببعضه صورته ادعى زيد دارا
مثلا في يد عمرو فاقر عمرو وصالح زيدا على مائة درهم فصارت
المائة في يد زيد والدار في يد عمرو ثم استحق نصف
الدار مثلا او كلها يرجع عمرو على زيد بخمسين درهما
في الاولى وبمائة في الثانية وفي تحرير المصنف من
اللف والنشر الغير المرتب واما تصوير صاحب الدرر
في هذا المحل لا يوافق متنه بل الصواب ما صورناه
فتتبع وان استحق بعض البدل او كله رجع المدعي
وهو زيد

وهو زيد على المدعى عليه وهو عمرو بكل المصالح عنه
او بعضه لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فايهما اخذ
بالاستحقاق يرجع بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا
فبالبعض وان وقع الصلح عن اقرار عن مال بمنفعة
اعتبر هذا الصلح اجارة صورته ادعى على رجل شيئا
فاعترف به ثم صالحه على سكنى داره سنة او على ركوب
دابة معلومة او على لبس ثوبه او خدمة عبده او زراعة
ارضه مدة معلومة فيكون بمعنى الاجارة لان
العبرة للمعاني والاجارة تمليك المنفعة وهذا الصلح
كذلك ثم فرعه بقوله فيشترط فيه التوقيت لكن هذا
في الاجير الخاص بان ادعى شيئا فوقع الصلح على خدمة
العبد او سكنى سنة وفيما عدا ذلك لا يشترط التوقيت
كما اذا صالحه على صبغ الثوب او ركوب الدابة او حمل
الطعام الى موضع كما في التبيين ويبطل الصلح بموت
احدهما اي احد المتصالحين لانهما كالموجر والمستاجر
وكذا يبطل بفوات المنفعة قبل الاستيفا فيعود الى
الدعوى ولو كان ذلك بعد استيفا بعض المنفعة بطل
بقدر ما بقي ويرجع في دعواه بقدره وهذا كله قول
محمد وهو القياس لانه اجارة وهي تبطل بواحد
من هذه الاشيا وقال ابو يوسف لا يبطل الصلح بموت
المدعى عليه بل المدعي يستوفي المنفعة على حاله وان
مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار
والوارث يقوم مقامه ويبطل فيما يتفاوت فيه
كلبس الثياب وركوب الدابة والاصح اي الصلح
عن سكوت وانكار معاوضة في حق المدعي لانه يزعم

ان ما اخذه كان عوضا عما يدعيه وفداء اليمين وقطع
المنازعة في حق الآخر اي المدعى عليه لانه يزعم ان
المدعي مفتر ومبطل في دعواه وانما دفع المال اليه ليدفع
الحلف ولتنقطع الخصومة ويجوز ان يكون لشي واحد
حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجبه
الحل في المتناكحين والحرمة في اصولهما وفروعهما اخذ كل واحد
منهما بما يزعم بمفرده بقوله فلا شفعة في دار صولح عنها
اي الدار مع احدهما اي مع سكوت او انكار صورته ادعى
رجل على آخر داره فسكت الآخر او انكر فصالح عنها بدفع
شي آخر لم تجب الشفعة لان المدعى عليه ياخذها على
اصل حقه ويعطي المال دفعا للخصومة لانه يشتريها
ولا يلزمه زعم المدعي لان المرء لا يؤاخذ الا بزعمه وتجب
الشفعة في دار صولح عليها اي على الدار فيما ادعى مالا
على آخر فسكت او انكر فصالح بدفع الدار بدله لان المدعي
ياخذها عوضا عن ماله فيؤاخذ بزعمه وما استحق من
المدعى بعضا او كلا في صورة الصلح مع سكوت او انكار
يرد المدعي على المدعى عليه في حصته اي ما استحق
من البدل لان المدعى عليه قد بذل العوض لدفع خصومة
المدعي فبالاستحقاق ظهر عدم خصومة المدعي مع المدعى
عليه فيرد ما اخذه في مقابلة الخصومة على المدعى
عليه ويرجع المدعي بالخصومة مع المستحق فيه اي
فيما استحقه بعضا كان او كلا وما استحق من البدل
بعضا او كلا رجع المدعي الى دعواه في قدره اي في قدر
البدل اي يرجع المدعي الى الدعوة في الكل ان استحق
الكل وفي قدر المستحق ان استحق البعض لان المدعي

لم يترك

لم يترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع
بالمبدل بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع باتفاق
احدهما بعتك هذا الشي بهذا وقال الآخر اشتريت
حيث يرجع المشتري عند الاستحقاق على المدعى عليه
بالمدعى نفسه لا بالدعوى كما في التبيين وهلاك
البدل اي بدل الصلح قبل التسليم الى المدعي كاستحقاقه
اي كاستحقاق بدل الصلح فيبطل به لان هلاك البدل
في البيع يبطل البيع فكذا هذا اذا كان البدل مما
يتعين بالتعيين فان لم يكن كالنقدين لا يبطل بهلاكه
في الفصلين اي في فصل الاقرار وفي فصل الانكار
والسكوت ففي الاقرار يرجع بكله او بعضه وفي الانكار
بالدعوى ولو صالح على بعض دار يدعيها يعني اذا ادعى
رجل على آخر دارا فصالحه على قطعة معلومة منها
لا يصح الصلح وهو على دعواه في الباقي لان البعض
لا يصلح عوضا عن الكل للزوم ان يكون الشي عوضا
عن نفسه اذ البعض داخل في ضمن الكل ولان ما قبضه
من عين حقه فيكون على طلبه في باقي الدار اذ
الاسقاط لا يقع عن الاعيان لكونه مخصوصا بالديون
وحيلته اي حيلة جواز هذا الصلح ان يزيد المدعى عليه
في البدل شيئا فيصير ذلك عوضا عن الباقي او يبرأ بضم
اوله وفتح ثالثه اي يبرأ المدعى عليه او بفتح اوله وكسر
ثالثه اي يبرئ المدعي عليه عن دعوى الباقي بان
يقول المدعي برأتك او برئت من دعوى هذه الدار
لان الابراء عن دعوى العين جائز كما في المنح

فصل

يجوز الصلح عن مجهول لانه اسقاط ولا يجوز الا على معلوم

لانه تمليك فيودي الى المنازعة والصلح على اربعة اوجه
معلوم على معلوم ومجهول على معلوم وهما جائزان
ومجهول على مجهول ومعلوم على مجهول وهما
فاسدان فالاصل ان كل ما يحتاج الى قبضه لا بد ان
يكون معلوما لانه لو كان يفضي الى المنازعة وما لا
يحتاج الى قبضه يكون اسقاطا فلا يحتاج الى علمه
به فانه لا يفضي الى المنازعة كما هو في العناية
وغيرها فليحفظ انتهى ويجوز الصلح عن دعوى المال لوجود
معنى البيع فما جاز بيعه جاز صلحه مطلقا سواء كان عن
اقرار او سكوت او انكار وعن دعوى المنفعة كان يدعي
في عين دار سكنى سنة وصية من صاحبها فجحد
الوارث او اقر فصالحه عن مال او منفعة جاز لان
اخذ العوض عنها بالاجارة جاز فكذا الصلح لكن انما
يجوز عن المنفعة على المنفعة اذا كانتا مختلفتين الجنس
بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد مثلا واما اذا
اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى مثلا
فلا يجوز كما في الدرر وغيره وانما احتيج الى هذا التصوير
لان الرواية محفوظة على انه لو ادعى استيجار عين
والمالك ينكر ثم صالح لم يجز كما في الشرح وغيره لكن في البحر
ان الصلح عن دعوى المال مطلقا والمنفعة جائز كصلح
المستاجر مع الموجر عند انكاره الاجارة او مقدار المدة
المدعى بها او الاجرة وكذا الورثة اذا صالحوا الموصى له
بالخدمة عن مال مطلقا وبالمنافع اذا اختلف جنسهما
فانه يجوز لا ان اتحد انتهى ويصح الصلح عن دعوى الجناية
في النفس من القتل وفيما دونها من نحو شج الراس
وقطع

وقطع اليد عمدا كانت الجناية او خطا اما العمد فلقوله
تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية اي من اعطي له
بدل اخيه المقتول شيء بطريق الصلح واما الخطا فلان
موجبه المال فالصلح كان على المال لكنه لا تصح الزيادة
على قدر الدية والارش على احد مقادير الدية للربوا
الا اذا قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس اخر
منها بزيادة جاز بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز
الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الاقل لانه لا موجب
له في المال فلو وقع الصلح على غير مقاديرها جاز كيف ما كان
لعدم الربا لكن يشترط القبض في المجلس ليخرج عن ان يكون دينا
بدين ويصح الصلح ايضا عن دعوى الرق كما اذا ادعى
على مجهول النسب انه عبده ثم يصالحا على شيء معين
وكان عتقا بمال في حق المدعي وفي حق الاخر لدفع
الخصومة لانه امكن تصحيحه بهذا الاعتبار فيصح ولا ولاء
له عليه لانكار العبد الا ان يقيم المدعي البينة بعد ذلك
فتقبل في حق ثبوت الولاء عليه لا غير هذا اذا انكر العبد
الرق اما اذا صالحه باقراره فثبت الولاء وصح الصلح عن
دعوى الزوج النكاح وكان خلعا مطلقا في زعمه ان كان
باقرار فتجب عليها العدة وان لم يكن باقرار ويكون خلعا في
زعمه ولا تلزم العدة عليها قضاء فان اقام على الزوجية
بينة بعد الصلح لم تقبل ويحرم اخذ المال عليه اي على
المدعي بانه ان كان مبطلا في دعواه وهذا عام في جميع
انواع الصلح الا ان يسلمه بطيب نفسه فيكون تمليكا
على طريق الهبة كما في العناية ولو صالحها على مال ليقر له بالنكاح
جاز ويجعل زيادة في المهر لانها تزعم انها زوجت نفسها منه

منه ابتدا بالمشي وهو يزعم انه زاد في مهرها ولا يجوز ان
ادعته اي النكاح المراة هكذا في بعض نسخ القدوري
وهو الصحيح صرح به الزاهدي ولذلك اختاره المصنف ووجهه انه
بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها
فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال
على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم
يصح وقيل يجوز ووجهه ان يجعل بدل الصلح زيادة في مهرها
ولا يصح الصلح عن دعوى الحد من الحدود فلو اخذ زانيا
او سارقا او شارب خمر فصالحه على مال على ان لا يرفعه
اليه بطل الصلح فله ان يرجع بما دفع وكذا اذا اخذ
قاذف المحصن والمحصنة فصالحه لان الحدود حق الله تعالى
لا حق للرافع والاعتياض من الغير لا يجوز كصلح واحد
من حق العامة كما اذا صالحه عما اشرعه الى الطريق نعم
للامام ذلك اذا كان فيه صلاح المسلمين ويضع ذلك
في بيت المال وان قتل عبد ماذون رجلا عمدا وصالح
عن نفسه لا يجوز لان رقبته ليست من تجارته
ولذا لا يملك التصرف فيه بيعا فلا يملكه استخلاصا بمال
المولى الا ان ولي القتل لا يقتله بعد الصلح لانه عفى عنه
ببدله ولا يجب عليه البدل لكنه يؤخر الى ما بعد العتق
بخلاف المكاتب حيث يجوز ان يصالح على نفسه بخلاف
صلحه اي الماذون عن نفس عبد له اي للماذون قتل
رجلا عمدا جاز صلحه لان تصرفه في عبده من باب
التجارة فيملك التصرف بيعا واستخلاصا وان صالح الغاصب
عن مغصوب تلف باكثر من قيمته اي قيمة العبد قبل
القضا بالقيمة جاز يعني ان من غصب ثوبا او عبدا قيمته

الف

الف واستهلكه فصالحه على الفين جاز عند الامام وقالا يبطل
الفضل عن قيمته ان كان مما لا يتغابن الناس فيه لان
حقه في القيمة فالزايد عليها ربوا وله ان حقه في الهالك باق
وانما ينتقل الى القيمة بالقضا فاذا تراضيا على الاكثر كان
اعتياضا فلا يكون ربوا وان صالح عنه بعرض صح مطلقا
اي سواء كانت قيمته اكثر من قيمة المغصوب او لا اتفاقا لان
الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وانما قلنا قبل القضا
لانه اذا قضى القاضي بالقيمة ثم صالحا باكثر من قيمته لا يجوز
اجماعا كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قيدها قيدنا لكان
اولى وقيد بكون الصلح على اكثر من قيمته بعد الاستهلاك
اذ لو كان قبله يجوز اتفاقا وكذا لو صالحه بغير جنسه يجوز
اتفاقا وكذا لو صالح على طعام موصوف في الذمة حالا
وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع كما في العناية وان
اعتق موسر عبدا مشتركا بينه وبين اخر وصالح الشريك
عن باقيه باكثر من نصف قيمته اي العبد بطل الفضل
بالاتفاق اما عندهما فظاهر والفرق للامام ان القيمة
في العتق منصوص عليه وتقدير الشرع لا يكون دون
تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانه
غير منصوص عليه وان صالحه بعرض صح كيف ما كان لما
انه لا يظهر الفضل عند اختلاف الجنس وقيد المعتق بكونه
موسرا اذ لو كان معسرا لا تلزم عليه قيمة نصيب شريكه
بل يلزم على العبد سعاية كما مر ويجوز صلح المدعى عليه
بدفع اي المنكر ليقر له بالعين صورته رجل ادعى
عينا على رجل في يده فانكره فصالحه على مال ليقر
له بالعين فانه يجوز ويكون في حق المنكر كالبيع

وفي حق المدعي كالزيادة في الثمن كما في الاختيار وبدل
الصلح عن دم عمدا وعلى بعض دين يدعيه على كثير من
المكيلات والموزونات يلزم اي البدل الموكل لا الوكيل لان
الصلح عن القود معاوضة باسقاط الحق والصلح على بعض
الدين اسقاط محض فالوكيل فيه سفير ومعبر فلا ضمان
عليه كالوكيل بالنكاح كما مر في الوكالة الا ان ضمنه اي
الوكيل البدل فانه حينئذ يكون مواخذا بعقد الضمان لا
بعقد الصلح والاستثناء منقطع وبدل ما اي بدل الصلح
هو كبيع بان كان الصلح عن مال بمال مع اقرار يلزم
البدل الوكيل لا الموكل لان الوكيل في المعاوضة المالية
اصيل وفي المعاوضة الاسقاطية سفير قيدنا مع
اقرار لانه اذا كان الصلح مع انكار لا يجب البدل على
الوكيل مطلقا كما في البحر وما في الاصلاح من ان يكون
البدل من غير جنس المصالح عنه ليس بشرط لكونه والصلح
عن فرس بفرس جائز مخالف لما ذكره في اول الكتاب وهو
قوله صح مع اقرار كبيع وان وقع عن مال بمال من غير
جنسه ثم قال في تعليله لانه اذا كان من جنسه فهو حط
وابرا او قبض واستيفا او فضل وربوا تدبر وان صالح
فضولي اي صالح رجل عن رجل اخر بلا امر وضمن الفضولي
البدل او اضافه الى ماله اي الى ما لنفسه بان قال
صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا او اشار الى
عرض او نقد بلا اضافة بان قال صالحتك على هذا
العبد او على هذا الالف او اطلق بان قال صالحتك على
الف وسلم اي نقد المصالح عليه الى المدعي صح الصلح اما
اذا ضمن البدل فلان الحاصل للمدعي عليه ليس الا البراة
وفي حقه

وفي حقه الاجنبي والمدعي عليه سوا ويجوز ان يكون الفضولي
اصيلا اذا ضمن كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل واما
اذا اضاف الى ماله فلانه بقيد الاضافة التزم التسليم
الى المدعي وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه واما
اذا اشار الى نقد او عرض فلانه تعين للتسليم بالشرط
فيتم به الصلح واما اذا اطلق وسلم فلان التسليم اليه
يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده
وكان الفضولي متبرعا لانه فعله بلا اذن المدعي عليه
وان اطلق اي قال صالحتك على الف ولم يسلم توقف اي
صار الصلح موقوفا على الاجازة فان اجازه المدعي عليه
جاز الصلح ولزمه البدل لالتزامه اياه باختياره هذا
اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم انه ينفذ على المصالح
ولم يتوقف الا اذا لم يذكر البدل كما في القهستاني
والا اي وان لم يجزه بطل الصلح سوا كان المدعي عليه
مقرا او لا والبدل عينا او دينا لان للمصالح هنا وهو
الفضولي لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ تصرفه عليه
فيتوقف على اجازته وفي التنوير والخلع في جميع ما
ذكرنا من الاحكام كالصلح ادعى وقفية ارض على اخر
ولا بينة للمدعي على دعواه فصالحه المنكر لقطع الخصومة
عنه جاز الصلح وطاب له لو صادقا وقيل لا كل صلح
بعد صلح فالثاني باطل وكذا الصلح بعد الشرا اقام المدعى
عليه بينة بعد الصلح عن انكار ان المدعي قال قبل
الصلح ليس لي قبل فلان حق والصلح ماض على الصحة
ولو قال المدعي بعده ما كان لي قبل المدعى عليه حق
بطل الصلح والصلح عن الدعوى الفاسدة يصح وعن

وعن الباطلة لا وقيل اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح غير
صحيح مطلقا ويصح الصلح بعد حلف المدعى عليه دفعا للنزاع
باقامة البينة وقيل لا وطلب الصلح والابراء من المدعى عليه
عن الدعوى لا يكون اقرارا بخلاف طلب الصلح والابراء عن
المال صالح البايع مع المشتري عن عيب وظهر عدم ذلك
العيب او زال العيب بطل الصلح

باب الصلح في الدين

وهو الذي ثبت في الذمة الصلح عما استحق
بعقد المداينة مثل البيع نسيئة ومثل الاقراض على بعض
جنسه كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسماية اخذ
جزء للبعض حقه واسقاط الباقية لا معاوضة تصحيحا لتصرف
العاقل واجب ما امكن وقد امكن ذلك فيحمل عليه لا معاوضة
لافضائه الى الربا ثم فرعه بقوله فلو صالح المديون دائنه
عن الف حال على ماية حالة في ذمته باسقاط ما فضل
هو تسعماية او عن الف حال على الف موجل باسقاط وصف
الحلول فقط هو حق له كالفضل صح الصلح وكذا صح لو صالح
عن الف جياد على ثمانية زيوف باسقاط ما فضل واسقاط
وصف الجودة معا ولا يشترط قبض البدل في هذه الصور
لكونه مداينة لا معاوضة ولا يصح لو صالح عن دراهم
حالة على دنانير موجلة الى شهر سواء كان اقل او اكثر لان
الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على
التاخير فتعينت المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة
لا يجوز لكونه صرفا او صالحه عن الف موجل على نصفه
حالا فانه لا يصح ايضا لان المعجل خير من الموجل وهو غير
مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حاط عنه وذلك اعتياض
عن الاجل وهو حرام او صالحه على الف سود جمع اسود
اي دراهم

اي دراهم مضروبة من نقرة سوداء او مغلوبة الغش على نصفه
بيضا لانه من دراهم سود لا يستحق البيض فقد صالح على
ما لا يستحق بعقد المعاوضة فكان معاوضة الالف بخمسماية
وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما لو صالح على قدر الدين وهو
اجود كما لو صالحه عن الف حال على الالف الموجل او صالحه عن
الف بيض على الالف السود جاز بشرط قبضه في المجلس
لانه اذا كان الذي يستوفيه دون من حقه قدرا ووصفا
ووقتا او في احدهما فهو اسقاط واذا كان ازيد منه
فمعاوضة ولو صالح عن الف درهم ومائة دينار على ماية
درهم حالة او موجلة صح لانه يجعل اسقاطا للدنانير كلها
وللدراهم الا ماية وتاجيلا للماية التي بقيت فلا يحمل على
المعاوضة لان فيه فسادا او ان قال من له على آخر الف
ادّ غدا نصفه اي نصف الالف على انك بري من باقيه ففعل
من عليه الالف ذلك بان قبل وادّى اليه في الغد النصف
بري عن النصف الباقي بالاتفاق فالاداء وان لم يود غدا
بالنصف فلا برا عند الطرفين خلافا لابي يوسف فانه
قال برا وان لم يود ولا يعود اليه النصف الساقط ابدا
لانه ابرا مطلق لانه جعل الاداء عوضا عن الابرا نظرا الى
كلمة على والاداء لا يصلح ان يكون عوضا لوجوبه عليه
فصار ذكره كعدمه ولهما انه ابرا مقيد بشرط الاداء وانه
غرض صالح حذرا من افلاسه او ليتوصل بها الى ما هو
الانفع من تجارة رابحة او قضاء دين او دفع حبس فاذا
عدم الشرط بطل الابرا وكلمة على تحتمل الشرط فيحمل عليه
عند تعذر المعاوضة تصحيحا لكلامه وعملا بالعرف
بهذه المسيلة على وجوه الاول ما ذكر والثاني قوله

وان قال صالحتك على نصفه على انك لم تدفع غدا النصف
فالالف عليك لا يبرا اذا لم يدفع اجماعا يعني ان قبل وادى
اليه النصف في الغد برئ عن الباقي والا فالكل عليه
بالاجماع لانه اتى بصريح التقييد فاذا لم يوجد بطل والثالث
قوله وان قال ابراتك من نصفه على ان تعطيني نصفه غدا
برئ وان من نصفه اعطى النصف في الغد او لم يعط لان
الداين اطلق الابراء في اول كلامه ثم ذكر الاداء الذي لا يصلح
عوضا فبقي احتمال كون الاداء شرطا وهو مشكوك هنا لكونه
مذكورا عوضا عن الابراء فلم يتحقق كونه شرطا غير مقيد
في حق الابراء فبطلان الاداء في الصورة الاولى لكونه مقيدا
في الابراء لذكره في اول الكلام وبهذا التقرير اتضح الفرق
بين الصورتين والرابع قوله وكذا لو قال اد الي نصفه
على انك برئ من باقيه فلم يوقت للاداء وقتا فانه يصح
الابراء بالاجماع ولا يعود الدين فانه ابراء مطلق لانه لما لم
يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لان الاداء
واجب على المديون في مطلق الازمان فلم يتقيد الابراء
بل حمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان
الاداء في الغد غرض صحيح كما في الهداية والخامس قوله
ولو قال ان اديت الي نصفه فانت برئ او اذا اديت
او متى اديت الي نصفه فانت برئ لا يصح الابراء وان وصل و
ادى نصفه لانه تعليق بالشرط صريحا والابراء لا يحتمل
التعليق بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما مر ومن قال
اي المديون سرا لرب دينه لا اقر لك حتى تؤخره اي الدين
عني او تحط عني بعضه ففعل اي الدين التاخير او الحط جاز
اي التاخير والحط لانه ليس بمكره عليه فصار نظير ~

الصلح

حين

الصلح مع الانكار فلا يتمكن من مطالبته في الحال بعد البينة
ولا من مطالبة ما حط في الخطا ابدا وان اعلن ما قاله سرا
لزمه اي جميع الدين للحال بلا تاخير اخر ولا حط ان حط

فصل في الدين المشترك والتخارج

وان صالح احد ربي الدين في دين عن نصفه اي الدين وهو
نصيبه على ثوب فلشريكه الخيار وان شاء اتبع المديون
بنصفه اي بنصف الدين لبقاء حصته في ذمته او يأخذ نصف
الثوب من شريكه لان له حق المشاركة لا تعرض عن دينه
الا ان يضمن اي الشريك له الصالح ربع الدين لان حقه
في الدين لا في الثوب ولا فرق بين ان يكون الصلح عن اقرار
او انكار قيد ههنا قيدان الاول ان يكون الصالح عنه
دينا لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح
ببدل الصلح وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة
من كل وجه لان للصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين والثاني
ان يكون المصالح عليه ثوبا والمراد خلاف جنس الدين لانه
لو صالح على جنسه يشاركه فيه او يرجع على المديون ~
وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين
وان قبض احد الشريكين شيئا من الدين شاركه شريكه
فيه اي في الذي قبضه اذ لم يشاركه يلزم قسمة الدين قبل
القبض وهذا غير جائز فلذا ان يشاركه فيه ان شا لانه
عين حقه من وجه وان شاء رجع على الغريم لان حقه عليه
في الحقيقة وايهما اي رجعا الشريكان على الغريم اي
المديون بما بقي من الدين لاستوائهما في الاقتضاء
ولو سلم له المقبوض واختار رجعة الغريم ثم توى
نصيبه بان مات المديون مفلسا رجع على القابض ~

لان الدين حكمي فبقبض يكون مالا

بين المصالح وبخيار لك شريكه ان

بنصف ما قبض لكن ليس له ان يرجع في عين تلك الدراهم
المقبوضة بل يعود الى ذمته وان لم يصالح احد الشريكين
بل اشترى من الذي عليه الدين بنصيبه من الدين شيئا
فالآخر مخير ان شاء ضمنه شريكه ربع الدين لانه صار قابضا
لنصيبه بالمقاصة ولا ضرر عليه لان مبنى البيع على
المماكسة والمنازعة بخلاف الصلح لان مبناه على الحطيطة
والمسامحة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به لانه
لم يستوف تمام نصف الدين فلذا خيرناه او اتبع الغريم
ان شاء لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق
المشاركة فله ان يشاركه ومن ابرأ احدهما ذمة
المديون عن نصيبه او قاصّ الغريم بدين سابق ثابت
لان للمطلوب على احدهما دين قبل وجود دينهما عليه حتى
صار دينه قصاصا به لا يضمن لشريكه شيئا في الصورتين
اما في الاولى فلان الابراء اتلاف لا قبض والرجوع يكون
في المقبوض لا في المتلف واما في الثانية فلانه قضى
دينا كان عليه ولم يقبض لان الاصل في الدينين اذا
التقيا قصاصا ان يصير الاول مقضيا بالثاني ولا
المشاركة انما تثبت في الاقتضاء وان ابرأ احدهما
عن البعض اي بعض نصيبه قسم الباقي على سهامه لان
الحق عاد الى هذا القدر حتى لو كان لهما على المديون عشرون
درهما فابرأه احدهما عن نصف نصيبه كان له المطالبة
بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة كما في الدرر وان
اجّل احدهما نصيبه لا يصح التأجيل عند الطرفين
خلافا لابي يوسف فانه يصح عنده اعتبارا بالابراء
المطلق ولهما انه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض

كما في

كما في الهداية وفي الغاية ما ذكره من صفة الاختلاف
مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع ابي
يوسف وذكر سهل بجواز التأجيل المصنف اطلع على رواية
لمحمد مع الامام ويبطل صلح احد ربي سلم اي احد الشريكين
في سلم عن نصيبه على ما دفع من راس المال وهذا عند
الطرفين لانه يستلزم جواز قسمة الدين في الذمة وانها
لا تجوز خلافا لابي يوسف ايضا كما خالف في المسئلة
الاولى فان عنده يجوز لانه دين مشترك فاذا صالح
احدهما على حصته جاز كسائر الديون كما في شرح الكنز
للعيني وانما شرط على دفع راس المال لان الصلح على غير
راس المال لا يجوز بالاتفاق لما فيه من استبدال المسلم
فيه وفي التنوير صالح احد ربي سلم عن نصيبه على ما دفع
فان اجازه الآخر نفذ عليهما وان رده رد ويبطل كما قال
وهذه العبارة اولى من قول الكنز وهو اختيار الم وبطل
اي لانه ليس بباطل بل هو صحيح موقوف الا ان يراد
به انه سيبطل على تقدير عدم الاجازة انتهى وان
اخرج الورثة احدهم عن عرض هي التركة او اخرجوه
عن عقار هي التركة بمال اعطوه له او اخرجوه عن
احد النقدين بالآخر اي عن ذهب هو التركة بفضة
دفعوها اليه او عن فضة هي التركة بذهب دفعوه
اليه او عنهما اي عن النقدين بهما اي بالنقدين بان
كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح ايضا دراهم
ودنانير صح هذا الصلح في الوجوه كلها قل البدل او كثر
صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع لكن في الوجه الثاني
والثالث يعتبر التقابض في المجلس تحرزا عن الربا لانه

صرف ولا يعتبر التساوي والاصل في جواز التخارج اثر
عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر امراة عبد الرحمن
ابن عوف رضي الله عنه عن ربع الثمن وكان له اربع نسوة
على ثمانين الف دينار وبمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
من غير نكير وعن النقدين وهما الذهب والفضة وغيرهما
اي غير النقدين مثل العقار والعروض اذا ان التركة ان
كانت مشتملة على هذه الاجناس فاخرجوه باحد النقدين
يعني دفعوا اليه اما فضة او ذهبا لا يصح الا ان يكون
المعطى بفتح الطاء اي الذي اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك
الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بمقابلة حقه من
بقية التركة تحرزا عن الربا وذلك لان الصلح لا يجوز بطريق
الابدال لان التركة اعيان والبراءة من الاعيان لا يجوز لكن
لا بد من التقابض في المجلس فيما يقابل النقدين لانه
صرف في هذا القدر وان صالحوا بعرض في هذه الصورة
جاز مطلقا لعدم الربا وان كان في التركة دين على الناس
فاخرجوه اي اخرجت الورثة احدهم ليكون الدين لهم
بطل الصلح لان فيه تمليك الدين الذي هو حصة المصالح من
غير من عليه الدين وهم الورثة فيبطل ثم يتعدى البطلان
الى الكل لان الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين او لم
يبين عند الامام وينبغي ان يجوز عندهما في غير الدين
اذا بين حصته ثم ذكر لصحة الصلح حيلة فقال فان شرطوا
اي الورثة براءة الغرما من نصيبه اي من الدين الذي هو
نصيب للمصالح صح الصلح لانه اسقاط او تمليك الدين ممن
عليه الدين وفي هذا الوجه ضرر لسائر الورثة حيث
لا يمكنهم الرجوع على المديون بقدر نصيب المصالح ونوع
نفع

نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق فيما على المديون فاذا وجد
الضرر مع النفع في محل لا يعد الضرر ضررا فتصير هذه
الحيلة مقبولة عند البعض وكذا صح الصلح ان قضوا اي
يعجلوا قضاء حصته اي حصة المصالح منه اي من الدين
تبرعا ثم تصالحوا عما بقي من التركة ولا يخفى ما فيه من ضرر
بقية الورثة فالاولى ما ذكره بقوله او اقرضوه اي اقرض
بقية الورثة للمصالح قدرها اي قدر حصته من الدين
واحالهم اي احال المصالح الورثة به اي بالقرض الذي
اخذه منهم على الغرما وهم يقبلون الحوالة وصالحوه عن
غيره اي عن غير الدين بما يصلح ان يكون بدلا وفي
التبيين والاوجه منه ان يبيعوه كفا من تمر او نحوه بقدر
الدين ثم يحيلهم على الغرما او يحيلهم ابتداء من غير بيع
ليقبضوه ثم يأخذوه لانفسهم وفي صحة الصلح عن تركة
هي اعيان غير معلومة على مكيل وموزون اختلاف
قال الامام المرغيناني لا يصح لاحتمال الربا بان كان في
التركة المجهولة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك
مثل بدل الصلح وقال الفقيه ابو جعفر يصح لاحتمال ان
لا يكون في التركة من جنس بدل الصلح وعلى تقدير
كونه يحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فاحتمال
الاحتمال يكون شبهة الشبهة ولا عبرة بها هذا هو
الصحيح كما في التبيين وغيره والاصح الجواز ان علم
انها اي التركة غير المكيل او الموزون والاولى بالواو
كما في الهداية وغيرها اذا كانت كلها اي كل التركة
في يد البقية اي بقية الورثة لان التركة قائمة في
ايديهم فالجهالة فيها لا تفضي الى النزاع لعدم الحاجة الى

التسليم حتى لو كان بعض التركة في المصالح ولا يعرفه بقية
الورثة لا يجوز وقيل لا يصح لانه بيع اذ المصالح عنه
عين ومع الجهالة لا يصح البيع ويبطل الصلح والقسمة ان
كان على الميت دين مستغرق للتركة لان التركة
لم يتملكها الوارث الا ان يضمن الوارث الدين بشرط
ان لا يرجع في التركة او يضمن اجنبي بشرط براءة الميت
وان كان الدين غير مستغرق فالاولى ان لا يصالح قبل
قضائه اي قضاء الدين لحاجته الى تقدم ولو فعل وصالح
قالوا يجوز لان التركة لا تخلو عن قليل دين والدائن قد
يكون غائبا فتتضرر الورثة بالتوقف على مجيئه والدائن
لا يتضرر لان على الورثة قضاء دينه والقسمة تجوز كما
ما مر من ان التركة لا تخلو عن قليل دين فتقسم نفيا للضرر
عن الورثة لا تجوز استحسانا وهو قول الكرخي لان
الدين يمنع تملك الوارث اذ ما من جزء من التركة الا وهو
مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه وقيل القياس
ان يوقف الكل لما ان الدين يتعلق بكل جزء من التركة
والاستحسان ان يوقف قدر الدين ويقسم الباقي
لدفع الضرر عن الورثة وفي التنوير اذا اخرجوا واحدا
فحصته تقسم بين الباقي على السواء ان كان ما اعطوه
من مالهم غير الميراث المشترك بينهم وان كان ما اعطوه
له مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم والوصي
كالوارث فيما قدمنا صالحوا احدهم ثم ظهر للميت دين
او عين لم يعلموها هل يكون داخلا في الصلح اشهرهما
اي القولين لا يكون داخلا فيه

كتاب المضاربة

هي مفاعلة من الضرب في الارض وهو

السير

ويكون ذلك الدين او العين
بين جميع الورثة بحر

السير فيها قال الله تعالى واخرون يضربون في الارض يعني
الذين يسافرون في التجارة وسمي هذا العقد بها لان
المضارب يسير في الارض غالبا لطلب الربح واهل
الحجاز يسمون هذا مقارضة وقراضا لان صاحب
المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل وامامنا
اختار لفظة المضاربة لكونها موافقة للنص وفي
الشرع هي اي المضاربة شركة في الربح بان يقول رب
المال دفعته مضاربة او معاملة على ان يكون لك من
الربح جزء معين كالنصف او الثلث او غيره ويقول
المضارب قبلت ففيه اشعار بان كلا من الايجاب
والقبول ركن والظرف متعلق للشركة بمال من جانب
وهو جانب رب المال وعمل من جانب اخر وهو جانب
المضارب وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين
غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف
صفر اليد عن المال فمست الحاجة الى شرع هذا النوع
من التصرف لتنتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني
وبعث النبي عليه السلام والناس يباشرونه فقررهم
عليه وتعاملت به الصحابة رضي الله عنهم والمضارب
امين ابتداء لانه قبض المال باذن مالكه لا على وجه
المبادلة والوثيقة والحيلة في ان يصير المال مضمونا
على المضارب ان يقرضه من المضارب ويشهد عليه
ويسلمه اليه ثم ياخذه منه مضاربة ثم يدفعه الى
المستقرض ليستعين به في العمل بجزء شائع من الربح
فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط واخذ راس
المال على انه بدل القرض وان لم يربح اخذ راس المال

هذا شروع في احكام
المضاربة

بالقرض وان هلك المال هلك على المستقرض فهو العامل وذكر
الزيلعي حيلة لمن يريد فليطالع فان تصرف المضارب في المال
فوكيل لانه متصرف في ملكه بامره ولهذا يرجع بما لحقه
من العهدة على رب المال كالوكيل فان ربح فيه فشريك
رب المال لانه هو المقصود من عقد المضاربة وان
خالف المضارب بلا شرط رب المال فغاصب ولو اجاز بعده
لوجود التعدي منه على مال غيره فصار غاصبا فيضمن
وبه قالت الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم وعن علي والحسن
والزهري انه لا ضمان كما في الشمني وان شرط كل الربح له
اي للمضارب فمستقرض فان استحقاق كل الربح لا يكون
الا بعد ان يصير راس المال ملكا له لان الربح فرع المال
واشتراطه له يوجب تمليكه راس المال اقتضاء وان شرط
كل الربح لرب المال فمستبضع حيث يكون عاملا لرب المال
بلا بدل وعمله لا يتقوم الا بالتسمية فكان وكيلا متبرعا
وان فسدت المضاربة بشيء فاجير لان المضارب عامل لرب
المال وما شرط له كالاجرة على عمله ومتى فسدت ظهر
الاجارة فلا ربح ح لانه يكون في المضاربة الصحيحة فلما
فسدت صارت اجارة فله اي للمضارب اجر مثله اي اجر مثل
عمله كما هو حكم الاجارة الفاسدة ربح او لم يربح وبه قال
الشافعي لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض بالعمل
مجانا فيجب اجر المثل وان لم يربح في رواية الاصل وعن
ابي يوسف لا اجر له ان لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة
ولا يزاد اجر مثل عمله على قدر ما شرط له من الربح عند
ابي يوسف لانه رضي به وهو المختار خلافا لمحمد فان
له اجر المثل عنده بالغا ما بلغ وبه قالت الائمة الثلاثة

ولا يضمن

فستبضع ت

ولا يضمن المضارب المال بالهلاك فيها اي المضاربة الفاسدة
ايضا اي كما لا يضمنه في المضاربة في المضاربة الصحيحة
لانه امين فلا يكون ضمينا فهذا ظاهر الرواية وبه يفتى
وعن محمد انه يضمن كما في القهستاني وقال الطحاوي عدم
الضمان قول الامام وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده
بما يمكن التحرز عنه وقال الاسبيجابي والاصح انه لا ضمان
على قول الكل كما في العناية ولا تصح المضاربة الا بمال
تصح به الشركة من النقدين والفلوس النافقة ولكن
في الكبرى ان في المضاربة بالتبر روايتين وعن الشيخين
انها تصح بالفلوس فلم تصح عند محمد وعليه الفتوى كما في
القهستاني وان دفع عرضا وقال بعه واعمل في ثمنه
مضاربة فقبل او قال اقبض ما لي على فلان من الدين
واعمل فيه مضاربة فقبل جاز ايضا كما تصح به الشركة
لان المضاربة في المسئلة الاولى اضيفت الى ثمن العرض
وهو مما تصح فيه المضاربة وفي الثانية اضيفت الى
زمان القبض والدين اذا قبض صار عينا فيجوز هذا
العقد بخلاف ما لو قال اعمل بالدين الذي في ذمتك فانه
لا يجوز اتفاقا وفي المنح ولو قال اقبض ديني على فلان
ثم اعمل به مضاربة فعمل قبل ان يقبض كله ضمن ولو قال
فاعمل به لا يضمن فكذا بالواو لان ثم للترتيب فلا يكون
ماذونا بالعمل الا بعد قبض الكل بخلاف الفاء والواو فانه
يكفي قبض البعض كذا في بعض المعتبرات لكن في القول
بان الفاء كالواو في هذا الحكم نظر لان ثم تفيد الترتيب
والتراخي والفاء تفيد التعقيب والترتيب فينبغي ان
لا يثبت الاذن فيها قبل القبض بل يثبت عقيبه بخلاف

الواو فانها لمطلق الجمع من غير تعرض لمقارنة ولا ترتيب وفي
المجتبى لو قال اشتر لي عبدا نسيئة ثم بعه واعمل بثمنه
مضاربة فاشتراه ثم باعه وعمل فيه جاز ولو قال رب
المال للغاصب او للمستودع او للمبضع اعمل بما في يدك مضاربة
جاز وشرط تسليم المال الى المضارب بلا يد لرب المال فيه
لان تخلية المال للعامل واجب للتمكن من التصرف فيه
حتى لو شرط عمل رب المال معه لفسدت المضاربة
لان ذلك مخل بالتسليم بخلاف الشركة عاقدا كان رب المال
او غير عاقد كالصغير اذا عقدها اي المضاربة له اي للصغير
وليه اي ولي الصغير وشرط عمل الصغير معه فانه لا يجوز
لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى
المضارب واحد الشريكين اذا عقدها اي المضاربة الاخر
اي اذا دفع احد المتفاوضين واحد شريكي العنان المال
مضاربة وشرط عمل شريكه معه فانه لا يجوز لقيام
الملك له فالمعتبر فيه عمل المالك لا العاقد حتى لو دفع الاب
او الوصي مال الصغير وشرط عمل نفسه لانهما من اهل
ان ياخذ مال الصغير مضاربة وشرط عمله معه فانه
لم يجز لان اليد المتصرفة ثابتة له فنزلت منزلة المالك
وفيه اشعار بان الوصي اذا دفع مال الصغير الى نفسه
جاز كما في الذخيرة لكن ينبغي ان تزاد في هذه المسئلة
ان الوصي لا يجعل لنفسه اكثر مما يجعل لامثاله كما قاله
الطرسوسي وشرط كون الربح بينهما مشاعا اي لا تصح
المضاربة حتى يكون الربح مشاعا بينهما بان يكون
اثلاثا او منصفا ونحوهما لان الشركة لا يتحقق الا به
فلو شرط لاحدهما دراهم مسماة تبطل فيكون الربح له

للمال

للمال وشرط كون نصيب كل من المضارب ورب المال معلوما
عند العقد وكون رأس المال معلوما تسمية او اشارة
فتفسد المضاربة ان شرط لاحدهما عشرة دراهم مثلا
لان اشتراط ذلك مما يقطع الشركة بينهما لانه ربما لا يربح
بالشرط فاذا لم تصح بقيت منافعه مستوفاة بحكم
العقد فيجب اجر المثل وفي التنوير ولو ادعى المضارب
فسادها فالقول لرب المال وبعكسه فللمضارب وكل
شرط يوجب جهالة الربح كشرط رب المال على المضارب
ان يدفع اليه ارضه ليزرعها سنة او داره ليسكنها
سنة يفسدها اي المضاربة لانه جعل بعض الربح
عوضا عن عمله والبعض اجرة داره او ارضه ولا يعلم
حصة العمل حتى يجب حصته وتسقط ما اصاب منفعة
الدار وما اي كل شرط لا يوجب جهالة الربح فلا يفسد
المضاربة ولكن يبطل الشرط لانه لا يفضي الى جهالة
حصة العمل اذ نصيبه من الربح معا بل بعمله لا غير
ولا جهالة فيه كشرط الوضيعة وهي الخسران على
المضارب لان الخسران جزء هالك من المال فلا يجوز ان
يلزم غير رب المال لكنه شرط زائد لا يوجب قطع الشركة
في الربح ولا الجهالة فيه فلا يفسد المضاربة
لانها لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة ولان
صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة
وللمضارب في مطلقها اي مطلق المضاربة وهو ما لم
يقيد بمكان او زمان او نوع من التجارة نحو ان
يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد عليه
ان يبيع ويشتري ويوكل بهما اي بالبيع والشرا

اي جعل مثلا نصف الربح عوضا عن عمله وعن اجرة داره

وسيأتي في باب المضاربة براً او بحراً ولو دفع المال في بلده على
الظاهر وعن ابي يوسف لا يسافر وبه قال الشافعي وعن
الامام ان دفع اليه المال في بلده ليس له ان يسافر به وفي
القهستاني ولا يسافر في سفر مخوف فانه يخاف التاسع عشر في
قومهم ويبضع من الابضاع وهو ان يدفع الى غيره مالا
يعمل فيه ويكون الربح لرب المال ويودع ويرهن ويرتهن
ويواجر ويستاجر ويحتال بالثمن على الايسر وغيره
لان كل ذلك من صنيع التجار ولو ابضع المضارب رب
المال صح ولا تفسد به اي بالابضاع المضاربة وقال
زفر تفسد لان رب المال متصرف في مال نفسه وهو
لا يصح ان يكون وكيلا فيه فيكون مستردا له قلنا
ان التصرف في مال المضاربة صار حقا للمضارب فيصح
ان يكون رب المال وكيلا عنه في التصرف فيه وليس له
اي للمضارب ان يضارب مال المضاربة لاخر الا باذن
رب المال صريحا او بقوله له اي للمضارب اعمل برايك
لان الشيء لا يتضمن مثله فلا بد من التنصيص عليه
او التفويض المطلق اليه كالوكيل لا يملك التوكيل الا بقول
الاصيل اعمل برايك بخلاف الابضاع والايداع لانهما
دون المضاربة في مثلها فيتضمنهما ولا اي ليس للمضارب
ان يقرض او يستدين بان يشتري باكثر من مال المضاربة
او يهب او يتصدق وان قيل له اعمل برايك لان المراد
بهذا القول التعميم فيما هو من صنيع التجار وهذا
ليس من صنيعهم اذ الربح المقصود عندهم لا يحصل بها
الا بتنصيص من رب المال عليها الا قراض والاستدانة
والهبة والتصدق فيملكها وفرع على الاستدانة
بقوله

بقوله فان شرى بما لها اي المضاربة بزاً بفتح الباء الموحدة
وبالزاء المعجمة عند اهل الكوفة ثياب الكتان لا ثياب
الصوف والخز كما في المغرب وقصره اي غسله باجرة من ماله
من قصر يقصر بالضم قصراً او قصارة او من قصر الثوب
بالتشديد اي جمعه فغسله كما في القهستاني او حمله
من موضع الى اخر بماله اي بمال المضارب لا بمالها فهو
اي المضارب متبرع فلا يرجع بماله على رب المال
وان وصلية قيل له اعمل برايك لانه استدانة على رب
المال بلا اذن صريح فلو قصر بالنشاء فحكمه حكم الصبغ
وله اي للمضارب الخلط بماله اي المضارب والصبغ
بماله ان قيل له ذلك اي اعمل برايك والمراد من الصبغ
ان يصبغه احمر لعدم الخلاف في كونه زيادة بخلاف السواد
فانه نقصان عند الامام لكن اطلاق المصنف يشعر انه
اختار قول الامامين وسكت عن قول الامام تتبع
فلا يضمن المضارب به بالخلط ولا بالصبغ فانه ماذون
فيه لان قوله اعمل برايك ينتظمه فلا يكون به متعديا
ويصير المضارب شريكا لرب المال بما زاد الصبغ فيه
وحصته اي حصة قيمة الصبغ له اي للمضارب اذا بيع
المصبوغ وحصة الثوب الابيض في مال المضاربة
حتى اذا كانت قيمة الثوب غير مصبوغ الفا ومايتين (ومصبوغا الفا)
لان الالف للمضاربة ومايتا درهم للمضارب بدل
ماله وهو الصبغ بخلاف القصارة والحمل وتمامه في
العناية فليطالع وان قيدت المضاربة ببلد بان قال
رب المال للمضارب دفعته مضاربة في الكوفة مثلا
او بسلعة اي متاع او بان يقول دفعته مضاربة في

الكرباس مثلا او وقت معين بان قال دفعته مضاربة
بالصيف مثلا او معاملة معين بان قال دفعته مضاربة
لفلان فليس له اي للمضارب ان يتجاوز عما عينه المالك
لان المضاربة توكيل وفي التخصيص فائدة لان التجارات
تختلف باختلاف الامكنة والامتعة والاوقات والاشخاص
وكذا ليس له ان يدفع بضاعة الى من يخرجها من تلك
البلدة وقال مالك والشافعي اذا شرط المالك ان لا يشتري
الا من رجل بعينه او سلعة بعينها او لا ما يعم وجوده لا
تصح المضاربة كما لا يتعين الشريك في الشركة عما عينه
الشريك الاخر بشيء منهما فان تجاوز المضارب بان خرج
الى غير تلك البلد فتصرف فيه او اشترى سلعة غير ما
عينه او في وقت غير ما عينه او باع غير من عينه ضمن لانه
صار غاصبا بالمخالفة وكان المشترى له والربح له اي
للمضارب وعليه خسرانه ثم قيل يضمن بنفس الاخراج
من البلد لوجود المخالفة وقيل لا يضمن ما لم يشتري
لاحتمال عوده في البلد قبل الشراء فان عاد زال الضمان
فصار مضاربة على حاله بالعقد الاول فان قال له
اي قال المالك للمضارب اعمل في اهل الكوفة او اعامل
الصيارفة فعامل في الكوفة غير اهلها اي الكوفة
او صارف اي عامل معاملة الصرف مع غير الصيارفة
لا يكون مخالفا فيجوز لان فائدة الاول التقييد
بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد
عرفا لا نفيا وراء ذلك كما في الهداية وكذا لا يكون مخالفا
لو قال اشتر في سوق الكوفة فاشترى في غيره
اي غير سوق الكوفة لان اماكن المصر كلها سواء في

السعر

السعر والنقد والامن فيجوز بخلاف قوله لا تشتر في غير
السوق فانه صرح لا يجوز لو اشتراه في غيره فيضمن لانه
صرح بالحجر والولاية الى المالك وفي العناية كلام فليطالع
وان قال المالك للمضارب خذ هذا المال تعمل به اي
بالمال في الكوفة مرفوعا او مجزوما او خذ هذا المال
فاعمل به اي بالمال فيها اي في الكوفة او خذه اي المال
مضاربة بالنصف فيها اي في الكوفة فهو تقييد فليس
له ان يعمل في غير الكوفة لان قوله تعمل تفسير لقوله
خذه والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير
وكذا قوله فاعمل به لانه في معنى التفسير لان الفاء للوصل
والتعقيب والذي وصل الكلام المبهم وتعقبه كان تفسيرا
له وكذا لو قال خذه مضاربة بالنصف لان الباء للالصاق
فيقتضي ان يكون العمل فيه وكذا لو قال خذه مضاربة
بالنصف في الكوفة لان في للظرف وانما تكون البلدة
ظرفا اذا حصل الفاعل والفعل وكذا اذا قال خذه مضاربة
على ان تعمل بالكوفة لان على للشرط فتتقيد به كما في
التبيين بخلاف خذه اي المال مضاربة واعمل به فيها
اي في الكوفة فانه ليس بتقييد حتى لا يضمن في العمل
في غيرها لان الواو للعطف والشيء لا يعطف على نفسه
وانما يعطف على غيره وقد تكون للابتداء اذا كانت
بعدها جملة فتكون مشورة لا شرطا للاول
والضابط ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا
يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنيا على ما قبله
يجعل مبنيا على ما قبله ويجعل مبهما عليه كما في الالفاظ
الثلاثة السابقة التي تذكر في المتن وان استقام الابتداء

لا يبني على ما قبله ويجعل مبتدأ كما في للفظ الاخير وللمضارب
ان يبيع بنسيئة متعارفة عند التجار كسنة اود ونحوها
ما لم يكن اجلا لا يبيع اليه التجار كعشرين سنة ومثله
وعند الائمة الثلاثة لا يبيع بنسيئة الا باذنه لان
البيع بالنسيئة يوجب قصر يد المضارب عن التصرف
فيصير بمنزلة دفعه المال مضاربة فلا يجوز الا بالاذن
ولنا ان البيع بالنسيئة من صنيع التجار والمضاربة لا يحصل
الا بالاكتساب التجار وهو اقرب الى تحصيل الربح الذي
هو مقصود رب المال فانه بالنسيئة اكثر منه بالنقد
ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان
يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا
لعادة التجار كما في الهداية وان باع المضارب
بنقد ثم اخر الثمن صح اجماعا اما عندهما فان الوكيل
يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان
له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه يملك
ذلك واما عند ابي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع
بالنسا بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة كما في الهداية
وله اي للمضارب ان ياذن لعبد المضاربة اي للعبد
الذي اشتراه من مال المضاربة في التجارة في الرواية
المشهورة لانه من صنيع التجار وعن محمد لا يملك ذلك
لانه بمنزلة الدفع مضاربة وليس له اي للمضارب
ان يزوج عبدا او امة من مالها اي مال المضاربة
لان التزويج ليس من التجارة مع ان عقد المضاربة
يتضمن التوكيل بالتجارة فلا يملك التزويج وان كان
اكتسابا بجهة اخرى وعن ابي يوسف ان المضارب يزوج

الامة

الامة لانه من الاكتساب اذ يستفيد به المهر وسقوط
النفقة من مال المضاربة وفيه اشارة الى انه لا يحل وطء
جارية المضاربة ربح او لا واذن به او لا كما في القهستاني ولا
يجوز للمضارب ان يشتري به اي بمال المضاربة من يعتق
على رب المال سواء كان ذلك العتق بسبب القرابة كاشترا
ابن رب المال او بسبب اليمين كقوله ان ملكته فهو حر
لان حصول الربح غير متصور بالعتق فيفوت المضاربة
بانتفائه فان شرى المضارب به من يعتق عليه كان الشرا
له اي لنفس المضارب وضمن دفعا للضرر لانه اي
لا يكون للمضاربة لان الشرا نافذ على المشتري لكونه اصيلا
في حق البايع ولا يجوز للمضارب ان يشتري من يعتق
عليه اي على المضارب ان كان في المال ربح لانه يعتق
نصيبه ويفسد نصيب رب المال بسببه او يعتق على
الاختلاف الذي مضى بيانه في العتق والمراد من الربح
هنا ان تكون قيمة العبد المشترى اكثر من راس المال
سواء كان في جملة راس المال ربح او لا حتى لو كان المال
الفا فاشترى به المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما
الف فاعتقهما المضارب لا يصح عتقه واما بالنسبة الى
استحقاق المضارب فانه يظهر في الجملة ربح حتى لو
اعتقهما رب المال في هذه الصورة صح وضمن نصيب
المضارب منهما وضمنهما به موسرا كان او معسرا كما في
المنح فان فعل اي اشترى من يعتق عليه وقيمته اكثر
من راس المال ضمن اي المضارب لانه مشتر لنفسه
وان لم يكن في المال ربح صح اشتراؤه لانه لا يعتق عليه
اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولا براس المال فيمكن

اذ بيعه للمضاربة فيصح فان وجدت ربح بعد الشراء بان كان قيمته وقت الشراء قدر راس المال او اقل ثم ازدادت قيمته حتى صارت اكثر من راس المال عتق نصيبه اي نصيب المضارب لكونه مالكا قريبه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمته لعدم صنعه في زيادتها فصار كما اذا ورثه مع غيره بل يسعى المعتق بفتح التاء في قيمة نصيب رب المال منه لاحتباس راس المال ونصيبه من الربح عنده ولو اشترى المضارب بالنصف امة بالف وقيمتها اي الامة الف فوطئها فولدت ولدا مساويا لها الفا فادعاه اي ادعى المضارب الولد حال كونه موسرا اي في حال يساره فصارت قيمته اي قيمة الولد الفا ونصفا اي خمسمائة استسعاه اي الغلام رب المال في الف وربعه اي ربع الالف وهو مائتان وخمسون او اعتقه اي اعتق رب المال الغلام ان شاء فان قبض رب المال الالف من الغلام ضمن المدعي اي المضارب نصف قيمة الامة وذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على انه ولده من النكاح بان زوجها البائع له ثم باعها منه وهي حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لا تنفذ هذه الدعوة لعدم الملك وهو شرط فيه اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول براس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف ان مال المضاربة اذا صار اجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على راس المال لا يظهر الربح عندنا لان بعضها ليس باولى به من البعض فلم يكن للمضارب نصيب في الامة ولا في الولد وانما الثابت له مجرد حق

التصرف

التصرف فلا تنفذ دعوته فاذا ازدادت قيمته فصارت الفا وخمسمائة ظهر الربح فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ظهر الربح حيث لا ينفذ اعتاقه السابق لانه انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد وجوده واما الدعوة فاخبار فاذا رد في حق غيره فهو باق في حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته كما اذا اقر بحرية عبد لغيره برد اخبار فاذا ملكه بعد ذلك صار حرا كما في الدرر هذا

باب المضارب يضارب

يقرأ بالتنوين وبعدمه المضارب يضارب مع آخر مضاربة المضارب مركبة فلهذا اخرها عن المفرد فان ضارب المضارب اي دفع المضارب مال المضاربة الى آخر مضاربة بلا اذن من رب المال فلا ضمان على المضارب اذا هلك المال بمجرد الدفع ما لم يعمل المضارب الثاني في المال فاذا عمل ضمن الدافع ربح الثاني اولا في ظاهر الرواية عن الامام وهو قولهما وفي رواية الحسن عن الامام لا يضمن بالعمل ايضا ما لم يربح اي الثاني وقال زفر يضمن بالدفع تصرف اولم يتصرف وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الائمة الثلاثة لانه دفع ماله الى غيره بلا امر فيضمن ولنا انه كالايداع قبل العمل وهو يملك الايداع بنفسه وجه ظاهر الرواية ان الربح انما يحصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصوله في صيرورة المال مضمونا به هذا اذا كانت المضاربة الثانية صحيحة وان كانت الثانية فاسدة فلا ضمان على الاول وان وصل الى الثاني ربح الثاني لانه اجير والاجير لا يستحق

شيئا من الربح فلا تثبت المضاربة ولما جرمنه علي المضارب
الاول فيكون الربح بين الاول ورب المال علي ما شرط
له وحيث ضمن اي حيث لزم الضمان بعمل الثاني في ظاهر
الرواية وبالربح في رواية الحسن عنه فلرب المال تضمين
ايهما شاء باجماع اصحابنا في المشهور من الرواية خير رب
المال ان شاء ضمن المضارب الاول راس ماله لتعديه
عليه وان شاء ضمن الثاني لقبضه بغير اذن
المالك وان اختار رب المال ان ياخذ الربح ولا يضمن لم يبق
له ذلك كما في المبسوط فان ضمن الاول صحت المضاربة
بينه وبين الثاني لانه ملكه بالضمان من حين خالف
بالدفع الي غيره لا علي الوجه الذي رضي به فصار كما
اذا دفع مال نفسه وكان الربح علي ما شرطا وان ضمن
الثاني رجع بما ضمن علي الاول بالعقد لانه عامل له
كالمودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وصحت
المضاربة بينهما ويكون الربح بينهما علي ما شرطا
ويطيب للثاني ما ربح لانه يستحقه بالعمل ولا خبث في العمل
ولا يطيب للاول لانه يستحقه بملكه المستند باداء الضمان
ولا يعري عن نوع خبث كما في الهداية وقيل علي الخلاف
في ايداع المودع اي يضمن الاول فقط ولا يضمن الثاني
عند الامام وعندهما يضمن بناء علي اختلافهم في مودع
المودع فان عنده لا يضمن وعندهما يتخير والفرق بينهما
للامام ان مودع المودع كان بقبضه لنفع الاول فلا
يكون ضامنا اما المضارب الثاني فيعمل فيه لنفع
نفسه فجاز ان يكون ضامنا وان اذن رب المال
له اي للمضارب بالدفع الي اخر بالمضاربة فضارب
المضارب

المضارب بالثلث والحال انه قد قيل له اي وكان رب المال
قال للمضارب الاول ما رزق الله بيننا نصفان او ما
رزقك الله فلي نصفه او ما فضل من راس المال فنصفان
فعمل الثاني وربح فنصف الربح لرب المال وثلثه للثاني
اي للمضارب الثاني وسدسه للاول اي للمضارب
الاول لان الدفع الي الثاني مضاربة لانه باذن المالك
وقد شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى وقد
جعل المضارب الاول للثاني ثلثه فينصرف ذلك الي
نصيبه لانه لا يقدر ان ينقص من نصيب رب المال
شيئا فيبقي للاول بالسدس ويطيب ذلك لكلهم لان رب
المال يستحقه بالمال وهما بالعمل وان دفع المضارب
الاول للثاني بالنصف والمسئلة بحالها فنصفه
اي الربح لرب المال ونصفه للثاني اي للمضارب الثاني
ولا شيء للاول لان المالك شرط لنفسه نصف جميع الربح فانصرف
شرط الاول النصف للثاني الي نصيبه فيكون للثاني
بالشرط ويخرج الاول بغير شيء لانه لم يبق له وان شرط
الاول للثاني الثلثين اي ثلثي الربح والمسئلة بحالها
فكما شرط يعني لرب المال النصف وللمضارب الثاني
الثلثان ويضمن المضارب الاول للثاني سدسا اي
سدس الربح من ماله لان المالك شرط النصف لنفسه
فله ذلك واستحق المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الاول
لانه شرط صحيح لكونه معلوما لكن لا ينفذ في حق المالك
اذ لا يقدر ان يغير شرطه فيلزمه قدر السدس تكملة
للثلثين لانه التزم السلامة في العقد وان كان قيل له اي للمضارب
الاول يعني قال له رب المال ما رزقك الله او ما ربحت بيننا

نصفان فدفع للمضارب لاخر مضاربة بالثلث فعمل الثاني
وربح فلكل منهم اي لكل واحد من المالك والمضارب الاول
والثاني ثلثه لان ثلث الربح مشروط للثاني وما بقي
من الربح ثلثان وهو مرزوق الاول فنصف الثلثين
هو الثلث لرب المال على ما شرط ولا يبقى للاول الا
الثلث ويطيب لهم ايضا وان دفع المضارب لاخر مضاربة
بالنصف في هذه الصورة فللثاني نصف الربح لذلك
ولكل من المضارب الاول ورب المال ربع الربح لان
الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من
جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه
نصف ما رزق الاول فلم يرزق الا النصف فيكون بينهما
ولو شرط المضارب لعبد رب المال ثلثا من الربح ليعمل
العبد معه اي مع المضارب وشرط لرب المال ثلثا من
الربح ولنفسه ثلثا صح ذلك لان اشتراط العمل على العبد
لا يمنع التخلية والتسليم من المالك سوا عليه دين اولا
لان للعبد يدا معتبرة فيكون منفردا خصوصا اذا كان
ماذونا واشتراط العمل اذن له فتكون حصة للمولى ان
لم يكن على العبد دين والا فهو لغرمائه ان شرط عمله والا
فهو للمولى فقوله معه عادي وليس بقيد بل يصح الشرط
ويكون للمولى وان لم يشترط عمله فقيد بعبد رب المال
لان عبد المضارب لو شرط له شي من الربح ولم يشترط
لشي من الربح عمله لا يجوز ويكون ما شرط لرب المال
اذا كان على العبد دين والا يصح سوا شرط عمله اولا
ويكون للمضارب وقيد بكون العاقد المولى لانه لو عقدها
الماذون مع اجنبي وشرط عمل مولاه لم يصح ان لم يكن عليه
دين

دين والاصح عند الامام خلافا لهما وقيد باشتراط عمل العبد
لان اشتراط عمل رب المال مع المضاربة مفسد وكذا اشتراط
عمل المضارب مع مضاربه او عمل رب المال مع الثاني ولو
شرط بعض الربح للمساكين او للحج او في الرقاب لم يصح
ويكون لرب المال ولو شرط البعض لمن شا المضارب فان
لنفسه او لرب المال صح وان شا لاجنبي لم يصح كما في البحر
وتبطل المضاربة بموت احدهما اي بموت المالك او المضارب
لكونها وكالة وهي تبطل به ولا تورث وتبطل ايضا بلحاق
رب المال بدار الحرب حال كونه مرتدا والعياذ بالله اذا حكم
بلحوقه من حين يوم ارتد وانتقل ملكه الى ورثته فلم يبق
تصرف المضارب بعد ذلك في المال الا اذا كان متاعا او عروض
فبيعه وشراؤه فيه جائز حتى يحصل راس المال قيد
بلحوقه لانه لو ارتد ولم يلحق فتصرفه موقوف فان عاد
بعد لحوقه مسلما فالمضاربة على حالها كما في البحر بخلاف
الوكيل والفرق ان محل التصرف خرج عن ملك الموكل ولم
يتعلق به حق الوكيل بخلاف المضارب لكن ينبغي ان
يكون هذا اذا لم يحكم بلحوقه اما اذا حكم فلا تعود
المضاربة لانها بطلت كما هو ظاهر كلام الاتقاني
لكن في العناية تعود سوا حكم بلحاقه او لا ولا تبطل
المضاربة بلحاق المضارب اجماعا لان تصرفات
المرتد انما تتوقف عند الامام للتوقف في املاكه
ولا ملك للمضارب في مال المضاربة فبقيت المضاربة
على حالها فان مات او قتل او لحق وحكم بلحاقه بطلت
المضاربة كما في السراج ولا ينعزل المضارب بعزله اي
بعزل رب المال اياه ما لم يعلم المضارب به اي بالعزل

لانه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله فان علم المضارب
بعزله والمال عروض فله اي للمضارب بيعها اي العروض مطلقا
لان له حقا في الربح ولا يظهر الا بالنقد فيثبت له حق البيع
ليظهر ذلك ولا يتصرف في ثمنها اي في ثمن العروض التي باعها لان
البيع بعد العزل كان للضرورة ليظهر الربح ولا حاجة اليه
بعد النقد ولا يملك المالك فسخها في هذه الحالة لان للمضارب حقا
في الربح كما في البحر وان كان مال المضاربة نقدا من جنس
راس المال اي مال عقد المضاربة حين علمه بعزله لا يتصرف
المضارب فيها اي النقد لعدم الحاجة اليه وهو معزول وان
كان المال من غير جنسه اي غير جنس راس المال فله اي للمضارب
تبديله بجنسه اي اذا كان راس المال دراهم وهو معزول ولـ
وهو دنانير له بيعها بالدراهم استحسانا لان الواجب للمضارب
ان يرد مثل راس المال وهو يتحقق برد جنسه فكان له
تبديله بجنسه ضرورة وفي القياس لا يبيعه لان النقدين
جنس واحد من حيث الثمنية ولو افترقا اي المضارب ورب
المال بالفسخ وكان في المال ديون على الناس لزمه اي المضارب
الاقتضاء اي مطالبة الديون ان كان فيه ربح لانه
ياخذ الاجر فعليه عمل الطلب والا اي وان لم يكن فيه ربح
فلا يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض وهو متبرع فلا جبر على
المتبرع ويوكل المضارب المالك به اي بالاقتضاء لان
المضارب هو العاقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد ولا
بد من توكيله المالك في الطلب اذا امتنع كيلا يضيع حق
رب المال حيث لا يقدر على قبض الديون الذي اليه وانما يدفعه
الي من عقد معه او الي وكيله وكذا اي مثل هذا الحكم
سائر الوكلاء فانهم اذا امتنعوا عن الاقتضاء يوكلون
المالك

المالك والبياع من باع الناس باجر والسمسار بالكسر المتوسط
بين البائع والمشتري ليبيع ويشتري للناس باجر من غير
ان يستاجر يجبران عليه اي على الاقتضاء لوجود سبب الاجبا
الاجبار وهو العمل باجرة عادة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة
الصحيحة بحكم العادة فيجب عليهما التقاضي والاستيفاء
لانه وصل اليهما بدل عملهما فصار كالمضارب اذا كان في
المال ربح وما هلك من مال المضاربة صرف الي الربح اولا دون
راس المال لانه تابع وراس المال اصل فيصرف الهالك الي
التابع كما في مال الزكاة الي العفو فان زاد الهالك على الربح
لا يضمن المضارب لكونه امينا سواء كان من عمله او لا ويبطل
قوله فهلك كله كما يحتمل في وان لم يعلم ذلك كما قيل
في الوديعة وسواء كانت المضاربة صحيحة او فاسدة مبني
امانة عند الامام وعندهما ان كانت فاسدة فالمال
مضمون كما في المنح وهو قول الطحاوي لكن ظاهر الرواية
عدم الضمان في الكل كما قررناه في قوله ولا يضمن المال
فيها فان اقتسماه اي المضارب والمالك الربح وفسخت
المضاربة ثم عقدت المضاربة جديدة فهلك المال او بعضه
في يد المضاربة لا يترادان اي المضارب والمالك الربح
المقسوم لان المضاربة الاولى قد انتهت وثبوت الثانية
بعقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض
الاول كما لو دفع اليه مالا اخر وان اقتسماه من غير فسخ
ثم هلك المال كلا او بعضا ترادا اي المضارب والمالك
الربح حتى يتم المقسوم راس المال لان الربح تابع فلا
يسلم بدون سلامة الاصل فان فضل شيء من الربح بعد
ما استوفي راس المال اقتسماه اي ما فضل لانه ربح وان نقص
بعد اي الربح ما هلك من راس المال فلا ضمان على المضارب

لانه امين فيه فصل في المتفرقات ولا ينفق المضارب
من مالها اي من مال المضاربة في مصره الذي ولد فيه او في
مصر اتخذه دارا اي وطنا اذ لا يحتبس فيه لعمل المضاربة
بل يسكن فيه بالسكنى الاصلي عمل او لم يعمل قيد بالاتخاذ
وطنا لانه لو نوى الاقامة في مصر ولم يتخذه وطنا
فنفقته من مال المضاربة ولا ينفق ايضا للمضاربة الفاسدة
لانه اجير ولا نفقة له فان سافر المضارب للتجارة في مال
المضاربة فطعامه وشرابه من مالها اي من مال المضاربة
لان النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضي
والمرأة فاذا سافر صار محبوسا به فتجب مؤنته
الراتبة فيه مطلقا فالنساء فيها بالمعروف اي بحيث لا يعد
مثل هذا الانفاق في عرفهم اسرافا وكذا كسوته بالمعروف
وركوبه بشراء او كراء وسلاحا وعلف الدابة التي يركبها
في سفره وحوائجه والركوب بالفتح المركوب وكذا اجرة خادمه
اي خابزة وطابخة وغاسل ثيابه وعامل ما لا بد له منه
اعتبارا للعادة التجار وفراش ينام عليه وغسل ثيابه
مستدرك بقوله وخادمه الا ان يراد به ثمن ما يغسل
به مثل الحرض والصابون كما في الكفاية وكذا الدهن
بفتح الدال وسكون الهاء بمعنى الادهان في موضع
يحتاج فيه اليه اي الى الدهن كالحجاز وكذا اجرة
الحمام والحلاق ودهن السراج والحطب وانما قلنا
اعتبارا للعادة التجار لان غسل الثياب ونحوه ليس
مما لا بد له منه فكان ينبغي ان لا يكون من مال
المضاربة كاجرة الحمام ولكن في عادة التجار لا بد منه
ليزداد رغبات الناس في معاملتهم ولا يعد لهم

في عداد

في عداد المفاليس وضمن المضارب ما كان زائدا على العادة
لانتفاء الاذن ونفقته اي للمضارب في مصره من ماله
ما دام مقيما لعدم الاحتباس هذا التصريح بما علم ضمنا فقوله
ولا ينفق المضارب من مالها في مصره فلو اقتصر لكان اخصر
كالدواء فانه من ماله في ظاهر الرواية لان الحاجة الى
النفقة دائمة بخلاف الدواء لانه قد يمرض وقد لا يمرض فلا
يعد من جملة النفقة سواء كان في السفر والحضر فيكون
من ماله كزوجة فيكون دواؤها من مالها وعن الامام
ان الدواء من مال المضاربة لانه لا يتمكن من التجارة
الا به فيصير كالنفقة ويرد ما بقي من كسوة وغيرها
كالطعام ونحوه اذا قدم من السفر الى مصره الى راس
المال لانتهاء الاستحقاق بانتهاء السفر وما دون السفر
كسوق المصر فيكون نفقته في ماله لا في مال المضاربة
ان امكنه ان يغدو ويبيت في اهله لان اهل السوق
يتجرون في اسواق المصر ويبيتون في منازلهم مع ان ذهابهم
وايابهم لمصالح انفسهم لا للغير والا اي وان لم يمكنه ان يغدو
ويبيت باهله فكالسفر فيكون نفقته في مال المضاربة
لا في مال نفسه لان ذهابه قد صار للمضاربة يقينا
وليس لمستبضع الانفاق من مالها اي من مال
البضاعة لانه كالوكيل فيكون متبرعا فلا يجب له
النفقة ويؤخذ ما انفقه المضارب من الربح اولا يريد
ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح ياخذ
المالك من الربح مقدار ما انفقه المضارب من راس
المال ليكمل راس المال ثم ما فضل من الربح يقسم
عليهما شرطا فتكون النفقة مصروفة الى الربح لا الى

راس المال وفيه اشارة الى انه ان لم يربح تحتسب النفقة من راس
المال كما في الزوايد ولو انفق المضارب من ماله ثم هلك
مال المضاربة لم يرجع على رب المال وان سافر المضارب
بماله ومال المضاربة او خلط ماله بمال المضاربة باذن رب
المال او سافر بمالين لرجلين انفق بالحصة اي توزع النفقة
على قدر الحصص من المال وان باع المضارب متاع المضاربة
مرابحة حسب ما انفقه اي المضارب عليه اي على
المتاع من اجرة حمل ونحوه مما جرت العادة بضمه التجار به
كاجرة السمسار والقصار والصباغ وقال قام علي بكذا
لان هذه الاشيا تزيد في القيمة وتعارف التجار الحاقها
براس المال في بيع المرابحة فلهذا الحق في التنوير وكذا بضم
الى راس المال ما يوجب زيادة فيه حقيقة او حكما او اعتاده
التجار وهذا هو الاصل كما في النهاية لا يحتسب نفقة
نفسه اي في نفس المضارب في سفره اذا باع مرابحة لانها
لا تزيد في القيمة ولو شرى مضارب بالنصف بالف رب
المضاربة بزا وباعه بالفين واشترى بهما عبدا فضاعا
اي الالفان في يده اي المضارب قبل نقدهما اي الالفين
يغرم المضارب ربعهما اي خمسماية لان المال لما صار
الفين اي ربع الالفين وهو خمسماية ويغرم المالك الباقي وهو
الف وخمسماية لان المال لما صار الفين ظهر الربح في المال
وهو الف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه
خمسماية فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتركا بينهما
فربعه للمضارب وثلاثة ارباعه للمالك ثم اذا ضاع
الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على
قدر ملكيهما في العبد فربعه على المضارب وثلاثة ارباعه
على المالك

على المالك وربع العبد للمضارب وباقيه وهو ثلاثة
ارباعه للمضاربة لان نصيب المضارب خرج عن
المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة
امانة وبينهما تناف دون نصيب رب المال على المضاربة
لعدم ما ينافيها وراس المال فهو جميع ما دفع رب المال
الى المضارب الفان وخمسماية لانه دفع اليه مرة الفا
واخرى الفا وخمسماية ولا يبيعه اي المضارب العبد
مرابحة الا على الفين ولا يقول قام علي بالفين وخمسماية
اذ الشرا وقع بالفين فلا تضم الوضيعة التي وقعت
بسبب الهلاك في يد المضارب فلو بيع العبد المذكور
بعد ذلك باربعة الاف فحصة المضاربة ثلاثة الاف
بعد رفع المضارب حصته وهي الالف لانه لما ضمن ربع
العبد كان ربعه ملكه خاصة والالف ربعه فيكون ثمنه
اربعة الاف ثم يرفع منها راس المال وهو الفان
وخمسماية والربح منها خمسماية بينهما اي بين المضارب
ورب المال فتكون حصة كل منهما خمسين ومايتين ولو
اشترى رب المال عبدا بخمسماية فباعه من المضارب
بالف لا يبيعه المضارب العبد مرابحة الا على خمسماية
ولا يقول قام علي بالف لان بيعه من المضارب كبيعه
من نفسه لانه وكيله فيكون بيع ماله بماله فيكون
كالمعدوم وكذا لو كان بالعكس بان اشترى المضارب
عبدا بخمسماية فباعه من رب المال بالف يبيعه مرابحة
على خمسماية لان البيع الجاري كالمعدوم ولو اشترى
مضارب بالنصف بالف المضاربة عبدا قيمته الف
اي ساوى قيمته الفين فقتل ذلك العبد رجلا قتله

ثلاثا خطأ فامر بالدفع او الفدا فاذا دفعا العبد الى ولي المقتول
انتقضت المضاربة بهلاكه لهما بالدفع بلا بدل وكذا
ان فدياه خرج العبد عن المضاربة لما مر من حصة
المالك فلسلامة الحصة منه بضمان الفدا فربع الفدا عليه
اي على المضارب وباقيه هو ثلاثة ارباعه على المالك لان
الفدا مؤنة الملك فيتقدر بقدره وقد كان الملك بينهما
ارباعا فكذا الفدا او لان الفدى على بناء المجهول يعني
اذا فديا صار العبد لهما ولكن خرج عن المضاربة
فيبقى ارباعا ويخدم المضارب يوما والمالك ثلاثة ايام
بحكم الاشتراك بينهما لانه بحكم الفدا كانهما اشترياه
ولو اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفدا
مع ذلك فله الفدا ثم اعلم ان العبد المشترى في المضاربة
اذا جنى خطأ لا يدفع به حتى يحضر المضارب والمالك سوا
كان الارش مثل قيمة العبد او اقل او اكثر وكذا لو كانت
قيمته الفا لا غير لا يدفع الا بحضرتهما والحاصل انه
تشترط حضرة المالك والمضارب للدفع دون الفدا
الا اذا ابى المضارب الدفع والفدا وقيمته مثل راس
المال فلرب المال دفعه لتعينه فان كان احدهما غائبا
وقيمة العبد الف درهم ففداه الحاضر كان متطوعا كما
في البحر وذكر قاضيخان ان المضارب ليس له الدفع
والفدا وحده لانه ليس من احكام المضاربة فلهذا
كان اليه ولو اشترى بالف المضاربة عبدا وهلك
الالف قبل نقده اي دفعه الى البائع دفع المالك
الثمن يعني الفا اخر ثم اذا اعطى المالك الفا اخر
ليدفعه وهلكت قبل النقد يدفع اليه نقدا اخر
وثم

وثم كذلك الى ما لا يتناهى حتى يصل الثمن الى البائع لان
هلاك الامانة كهلاكها في يد المالك وجميع ما دفع
المالك من الثمن والثلاثة والاكثر راس المال لان
المال في يد المضارب امانة دون استيفا لان حكم
الامانة ينافيه والتنوي فيه تضييع حق رب المال
لانه يتحقق براس المال بخلاف الوكيل حيث لا يرجع
عنه هلاك الثمن بعد الشرا الا مرة واحدة فانه
قبضه بعد الشرا استيفا فيصير مضمونا عليه فلا
يرجع على الموكل مرة اخرى ولو كان مع المضارب
الفان فقال المضارب لرب المال دفعت الي الفا
وربحت الفا وقال المالك بل دفعت اليك الفين
فالقول للمضارب وقال زفر القول لرب المال
وهو قول الامام اولا لان المضارب يدعي الربح
والشركة فيه ورب المال ينكره فالقول قول المنكر
ثم رجع وقال القول قول المضارب وهو قولهما
لانهما اختلفا في المقبوض والقول في مقداره
للقابض ولو ضمينا اعتبارا او امينا اصالة فان
القول له ولو اختلفا مع ذلك اي مع الاختلاف
في راس المال في قدر الربح فقط اي فالقول لرب
المال في مقدار الربح فقط لان الربح يستحق
بالشرط وهو مستفاد من جهته فايهما اقام البينة
على ما ادعاه من فضل قبلت وان اقاماها فالبينة
بينة رب المال في دعواه الزيادة في راس المال
والبينة بينة المضارب في دعواه الزيادة في
الربح ولو قال [illegible] من معه الف قد ربح فيها الجملة

حال او صفت الف هي مضاربة لزيد وقال زيد بل بضاعة
ابضعتها لك فالقول لزيد لان من معه الف يدعي عليه
تقويم عمله او شرطا من جهته او الشركة في ماله وهو ينكر
فالقول لقول المنكر وكذا لو قال ذو اليد هي قرض وقال
زيد بل بضاعة او وديعة او مضاربة تكون القول
لزيد وهو رب المال والبينة للذي في يده المال لانه
يدعي عليه تملك الربح وهو ينكر ولو كان بالعكس بان
ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالبينة
بينة المضارب لان رب المال يدعي عليه الضمان وهو
ينكر وايهما اقام البينة قبلت وان اقاماها فبينة
رب المال اولى لانها مثبتة للضمان ولو قال المضارب
لرب المال اطلقت وقال المالك عينت نوعا من التجارة
فالقول للمضارب مع يمينه لان الاصل فيه العموم
والاطلاق والتخصيص يصير بعارض الشرط وتقبل بينة
من اقامها وان اقاماها فان وقتا وقتا قبل صاحبه
يقضي بالمتاخرة وان لم يوقتا او وقتا على السوا او وقت
احدهما دون الاخر يقضي ببينة رب المال كما في البحر
ولو ادعى كل اي كل واحد من المالك والمضارب نوعا
مغايرا لما يدعيه الاخر فللمالك اي القول للمالك
مع يمينه لانهما اتفقا على التخصيص والاذن
يستفاد من جهته والبينة للمضارب لاحتياجه الى
نفي الضمان ولو وقتت البينات وقتا فصاحب
الوقت الاخير اولى لان اخر الشرطين ينقض
الاول كما في الهداية فان قلت ان البينة للاثبات
لا للنفي واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه

ويلزمه

ويلزمه نفي الضمان فاقام صاحب الهداية اللازم مقام
اللزوم وفي المنح وان لم يوقت او وقتا على السوا او وقت
احدهما دون الاخر فالبينة للمالك وان كان المالك
يدعي العموم فالقول لقوله قياسا واستحسانا كما في
الذخيرة

كتاب الوديعة

لاتفاقهما
في اشتراكهما مع ما قبلها في الحكم وهو الامانة وهي في
اللغة مشتقة من الودع وهو مطلق الترك قال عليه
السلام لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات اي عن تركهم
يقال له مودع بفتح الدال ولمالكها مودع بكسرها وفي
الشريعة الايداع تسليط المالك غيره على حفظ ماله
صريحا او دلالة لما قال في المحيط لو انفتق زق رجل
واخذه رجل ثم تركه ولم يكن المالك حاضرا يضمن لانه
لما اخذه فقد التزم حفظه دلالة وان لم ياخذه ولم يزل
منه لا يضمن وان كان المالك حاضرا لا يضمن في الوجهين
والوديعة ما يترك عند الامين ليحفظ ماله كان
او غيره وركنها الايجاب صريحا كقوله اودعتك هذا
المال او كناية كما لو قال رجل اعطني الف درهم او قال
رجل اعطنيه فقال اعطيتك فهذا على الوديعة كما في
المنح او فعلا كما لو وضع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل
شيئا فهو ايداع لما لو قال لم اقبله لم يضمن بالهلاك
لان الدلالة لا تعارض الصريح والقبول من المودع
صريحا كقوله قبلت ونحوه او دلالة كما لو سكت
عند وضعه بين يديه لما قال في الخلاصة لو وضع
ثيابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا اذا ضاع وان
قاموا واحدا بعد واحد ضمن الاخير لانه تعين للحفظ

فتتعين للضمان ولهذا لو وضع ثيابه بمرأى الثيابي كان
ايداعا وان لم يتكلم ولا يكون الحمامي مودعا ما دام الثيابي
حاضرا فان كان غائبا فالحمامي مودع ولو قال لصاحب
الخان اين اربطها فقال هناك كان ايداعا وفي
البزازية لبس ثوبا بمرأى الثيابي فظن الثيابي انه
ثوبه فاذا هو ثوب الغير ضمن هو الاصح ولو نام الحمامي
وسرق الثوب ان نام قاعدا لا يضمن وان مضطجعا
يضمن وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه
حتى لو اودع الآبق والطير في الهواء والمال الساقط
في البحر لا يصح وكون المودع مكلفا شرط لوجوب
الحفظ عليه حتى لو اودع صبيا فاستهلكها لم يضمن
ولو كان عبدا محجورا ضمن بعد العتق كما سيأتي ولو
كانت الوديعة عبدا فقتله الصبي ضمن عاقلة الصبي
قيمته وخير مولى العبد بين الدفع والفدا وحكمها
وجوب الحفظ وصيرورة المال امانة في يده ووجوب
ادائه عند طلب مالكه وشرعية الايداع بقوله تعالى
ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واداء
الامانة لا يكون الا بعدها وبالسنة لانه عليه
السلام كان يودع ويستودع وبالاجماع على انعقاد
الوديعة من باب الاعانة وهي مندوبة لقوله تعالى
وتعاونوا على البر والتقوى وقوله عليه السلام
والله في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه وهي
اي الوديعة امانة الفرق بين الوديعة والامانة
ان الوديعة خاصة والامانة عامة العموم والخصوص
وحمل العام على الخاص صحيح دون العكس كما يقال

الانسان

الانسان حيوان ولا يقال الحيوان انسان فالوديعة هي
الاستحفاظ قصدا والامانة ما يقع في يده من غير قصد
بان هبت الريح بثوب انسان والقته في حجر غيره وفي الوديعة
يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ
بعد الخلاف كما في النهاية والكفاية وقال يعقوب باشا
وفيه كلام وهو انه اذا اعتبر في احدهما القصد وفي الاخرى
عدمه كان بينهما تباين لا عموم وخصوص والاولى ان
يقال والامانة قد تكون بغير قصد كما لا يخفى انتهى لكن
يمكن الجواب بان المراد بقوله والامانة ما يقع في يده من
غير قصد كونها بلا اعتبار قصد لا ان عدم القصد معتبر
فيها حتى يلزم التباين بل هي اعم من الوديعة لانها تكون
بالقصد فقط والامانة قد تكون بالقصد وبغيره تدبر
وفي العناية مخالفة لانه قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح
هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة
اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد وفيه كلام وهو ان
الامانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لا انها اعم منها لان
التسليط على الحفظ فعل المودع وهو المعنى والامانة
عين من الاعيان فيكونان متباينين والاولى ان
يقول والوديعة ما تترك عند الامين كما في هذا المختصر
تدبر فلا يضمن اي لا يضمن المودع الوديعة بغير تعد
بالهلاك سواء امكن التحرز عنه او لا هلك معها للمودع شيء
او لا لقوله عليه السلام ليس على المستودع غير المغل ضمان ولان
شرعيتها لحاجة الناس اليها ولو ضمنا المودع امتنع الناس عن
قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح واشتراط الضمان على الامين
باطل وبه يفتى كما في اكثر المعتبرات واستثنى صاحب الدرر

فقال الا ان يموت المودع مجهلا اي لم يبين حال الوديعة
فانه حينئذ يكون متعديا فيضمن كذا الامناء اي كل امين مات
مجهلا لحال الامانة يضمن الا متوليا لعقد الغلة ومات
مجهلا وسلطانا اودع بعض الغانمين بعض الغنيمة
ومات مجهلا اي بلا بيان المودع وقاضيا اودع مال اليتيم
ومات مجهلا اي بلا بيان المودع انتهى لكن الاولى الموافق
لما في الخلاصة واودع بعض الغنيمة بعض الناس لكن
الاقتصار على الثلاثة لا يليق لان الوصي اذا مات مجهلا
فلا ضمان عليه وكذا الاب اذا مات مجهلا مال ابنه وكذا
اذا مات الوارث مجهلا مجهلا ما اودعه عند مورثه وكذا
اذا مات مجهلا لما القته الريح في بيته وكذا اذا مات مجهلا
لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه وكذا اذا مات الصبي
مجهلا لما اودع عنده محجورا وكذا لو مات احد المتفاوضين
ولم يبين حال المال الذي في يده لم يضمن نصيب شريكه
وتمامه في المنح فليراجع وللمودع ان يحفظها اي الوديعة
بنفسه في داره ومنزله وحانوته ولو اجارة او عارية
وبعياله من زوجته وولده ووالديه واجيره المساكنة
سواء كانوا في نفقته او لا ولذا لو حفظت الزوجة
الوديعة بزوجها فضاعت لا تضمن الزوجة الذي
استاجره مسانهة او مشاهرة بشرط ان يكون
طعامه وكسوته عليه وولده الكبير ان كان في عياله دون
الاجير المياومة وعند الشافعي واشهب المالكي يضمن
بالدفع وشرط كون من في عياله امينا فلو دفع الى
زوجته وهي غير امينة وهو عالم بذلك او تركها في
بيته الذي فيه ودائع الناس وذهب فضاعت ضمن

لانه ساكن معها بلا نفقة منها او المراد من الاجير التلميذ الخاص ح ح ح

كما في

كما في الخلاصة وله اي للمودع السفر بها اي بالوديعة عند
عدم النهي عن ذلك والخوف على الوديعة بالاخراج بان
كان الطريق امنا لا يقصد احد مستوليا لها ولو قصده
يمكنه دفعه بنفسه او برفقته هذا عند الامام سواء كان
له حمل ومؤنة او لا لان الامر مطلق فلا يتقيد بالمكان
كما لا يتقيد بالزمان واما اذا قال احفظها في هذا المصر
ولا تخرجها منه فان كان سفر له بد منه ضمن وان كان
سفر لا بد منه وان كان في المصر من في عياله فكذلك لانه
امكنه تركها في اهله والا لم يضمن ويضمن لو سافر بها في البحر
اجماعا خلافا لهما فيما له حمل ومؤنة لان الظاهر من حال
صاحبها انه لا يرضى به فيتقيد لكن قيل عند ابي يوسف
اذا كان السفر بعيدا فلا يحل له ذلك فيما له حمل ومؤنة
وعند محمد لا يحل له السفر بها بعيدا كان او قريبا فيما له حمل
ومؤنة وقال الشافعي لا يحل له ذلك في الوجهين فان
حفظها اي المودع الوديعة بغيرهم اي بغير من في عياله
فضاعت ضمن المودع او ذلك الغير كما في القهستاني
لان صاحبها لم يرض بيد غيره لان الايدي تختلف في الامانة
ولكن روي عن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الى
وكيله وليس في عياله او دفع الى امين من امنائه ممن
يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن وفي النهاية
وعليه المتأخرون ثم قال وعن هذا في التحفة لم يشترط في
حفظ الوديعة بالعيال الا اذا خاف المودع الحرق بان
وقعت نار العامة باسرها في داره فخاف هلاك الوديعة
او خاف الغرق كذلك فدفعها اي الوديعة الى جاره في
صورة الحرق او دفعها الى سفينة اخرى في صورة الغرق

فضاعت لا يضمن لانه لا يمكنه ان يحفظها في هذه الحالة
الا بهذا الطريق فصار هذا دونا فيه دلالة ولهذا قال
في الخلاصة امراة حضرتها الوفاة وعندها وديعة
فدفعتها الى جارة لها فهلكت عندها ان لم يكن وقت
وفاتها بحضرتها احد من عيالها لا تضمن وفي التبيين
هذا اذا لم يمكنه ان يدفعها الى من هو في عياله وان
امكنه ان يحفظها في ذلك الوقت بعياله فدفعها الى
الاجنبي يضمن لانه لا ضرورة له فيه وكذا لو القاها
في سفينة اخرى وهلكت قبل ان يستقر فيها ان
وقعت في البحر ابتداء او بالتدحرج يضمن لان الاتلاف
حصل بفعله وفي المنح ان ادعى المودع التسليم الى جاره
او الى فلك اخرى يصدق ان علم وقوعه اي الحرق
ببينة وان لم يعلم لا يصدق فان طلبها اي الوديعة
ربها فحبسها اي حبس المودع الوديعة والحال هو
قادر على تسليمها اي الوديعة صار غاصبا فيضمن
ان ضاعت لوجود التعدي بمنعه وهذا لانه لما
طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنها بحبسه
عنه وفيه اشارة الى انه لو استردها فقال لم اقدر
ان احضر هذه الساعة فتركها فهلكت لم يضمن لانه
بالترك صار مودعا ابتداء والى انه لو استردها فقال
اطلبها غدا فلما كان من الغد قال هلكت لم يضمن ان
هلكت قبل قوله اطلبها كما في القهستاني والى انه
لو طلب وقت الفتنة ولم يردها فهو قادر على نفسه
او على ماله بان كان مدفونا مع ماله لا يضمن كما
في شرح المجمع وكذا يضمن ان هلكت لو طلبها صاحبها

وجده

وجده اي جحد عند مالكها على حذف المضاف بقرينة اياها
اي الوديعة بان قال لم تودعني مقابله وهو قوله بخلاف
جحدها عند غيره وان وصلية اقر بعده اي بعد الجحود
لانه بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصبا بجحده
بخلاف جحدها اي الوديعة عند غيره اي المودع فانه
لا يضمن وقال زفر يضمن لان بالجحود صار غاصبا
فيضمن ولنا ان انكاره عند غيبة المالك للتحفظ
ن غيبة المالك
الوديعة هو واجب عليه من طمع طامع فلا يكون موجبا
للضمان بخلاف حضرته وفيه اشارة الى انه لو قال
له ما حال لو ديعتي عندك ليشكر على حفظها فجحدها
لا ضمان عليه والى ان المودع لو ادعى ان المالك وهبها
منه او باعها له وانكر صاحبها ثم هلكت لا يضمن كما في
الخلاصة والى ان تكون الوديعة منقولا لانها لو كانت
عقارا لا يضمن بالجحود عند الشيخين خلافا لمحمد كما في
التبيين وفي البحر هذا اذا نقلها من مكانها وقت الانكار
لانه لو لم ينقلها من مكانها وقت جحوده فهلكت لا ضمان
عليه وقال صاحب المنح ولو جحد الوديعة ثم ادعى
ردها بعد ذلك وبرهن على الرد قبل برهانه وبرئ
منها كما لو برهن قبل الجحود وقال غلطت في الجحود او
نسيت او ظننت اني دفعتها وانا صادق في قولي لم
يستودعني فان بينته تقبل في قول الشيخين وفي
الاقضية لو قال لم يستودعني ثم ادعى الرد والهلاك
لا يصدق ولو قال ليس له علي شيء ثم ادعى الرد
او الهلاك يصدق وتمامه فيه فليطالع وان خلطها
اي المودع الوديعة بماله بغير اذن من المالك لانه

ان خلطها باذنه كان شريكا فيها بحيث لا يتميز فان خلطه
بجنسها كخلط الحنطة بالحنطة في غير المائع واللبن في اللبن
في المائع ضمن المودع لانه صار مستهلكا لها واذا ضمنها
ملكها وانقطع حق المالك منها اي من الوديعة في المائع
وغيره عند الامام لكن قالوا لا يباح له التناول قبل اداء
الضمان وقيد بكون المودع هو الخالط لانه لو كان
اجنبيا او من في عياله لا يضمن المودع والضمان على الخالط
صغيرا كان او كبيرا ولا يضمن ابوه لاجله كما في الخلاصة
وعندهما في غير المائع للمالك ان يشركه ان شا لان هذا
الخلط استهلاك من وجه دون وجه اخر اذ لم يتعذر وصول
المالك الى عين ماله حكما بالقسمة اذ القسمة فيما يكال
ويوزن افراز معتبر شرعا وله ان الخلط استهلاك من كل
وجه لتعذر وصول المالك الى عين ماله حقيقة
فينقطع ملك المالك عن المخلوط والقسمة ليست بموصلة
الى عين حقه بل وسيلة الى الانقطاع ضرورة وكذا
للمالك ان يشركه في المائع ان شا عند محمد لان الجنس
لا يغلب الجنس وعند ابي يوسف يصير الاقل تابعا للاكثر
فيه اعتبارا للغالب اجزا وفي التسهيل اعتراض فليطالع
وعند الائمة الثلاثة في الخلط بالجنس لا يضمن وان
خلطها بغير جنسها كخلط شعير بحنطة وزيت بشيرج ضمن
المودع وانقطع حق المالك اجماعا لان هذا استهلاك
حقيقة فيوجب الضمان بالاجماع وفيه اشارة الى
انه لو خلط على وجه تتميز لم يضمن وان اختلطت
الوديعة بمال المودع بلا صنعه اي المودع اشتركا اي
المودع والمودع اجماعا لان الضمان لا يجب عليه
الا

الا بالتعدي ولم يوجد وكانت شركة ملك فالهالك من
مالهما فلا يضمن وان تعدى المودع فيها اي في الوديعة
بان كانت الوديعة ثوبا فلبسه او دابة فركبها او عبدا
فاستخدمه فهلكت ضمن لانه استهلاك معنى فان ازال
التعدي بان ترك اللبس والركوب او الاستخدام سليما
زال الضمان وعند الائمة الثلاثة لا يزول لان حكم
الوديعة ارتفع بالتعدي فلا يعود اليه الا بسبب جديد
فلم يوجد فلا يبرأ عن الضمان قلنا ان الشي انما يبطل بما
ينافيه والاستعمال لا ينافي الايداع وقد امر الامر بالحفظ
مع الاستعمال ابتدا فاذا زال عاد حكم العقد وفي البحر
انه يزول الضمان عنه بشرط ان لا يعزم على العود الى
التعدي حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومن عزمه
ان يلبسه نهارا ثم سرق ليلا لا يبرأ عن الضمان وفي المنح
ان المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق انما
يبرأ عن الضمان اذا صدقه المالك في الوديعة فان كذبه
لا يبرأ الا ان يقيم البينة على العود الى الوفاق بخلاف
المستعير والمستاجر للعين اذا تعديا ثم ازالاه لا يزول
الضمان لان قبضهما كان لانفسهما لاستيفائهما المنافع
عنها فبازالة التعدي عن العين لم يوجد الرد الى صاحبها
بخلاف المودع فان يده يد المالك حكما لكونه عاملا له
في الحفظ فالتحق اعتبارا بالوديعة وكذا زال الضمان
لو اودعها اي الوديعة ثم استردها على ما مر وان انفق
المودع بعضها اي الوديعة فهلك الباقي ضمن ما انفق
فقط ولا يضمن كلها لان الضمان يجب بقدر الجناية
وقد كانت في البعض دون البعض وقيد بقوله فهي

لعل العودية يعني الى الوفاق

الانفاق سببه وان رد مثله وخلطه بالباقي ضمن الجميع
لانه خلط ماله بغيره بالدفيكون استهلاكا على الوجه
الذي تقدم كما في الهداية يعني عند الامام وعندهما
ان شاء شركه وان شاء يضمن وعند الائمة الثلاثة
يضمن ما انفق فقط قيد بالانفاق ورد المثل لانه اذا
اخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته فرده الى موضعه
ثم ضاعت فلا ضمان عليه وتمامه في المنح قلت اجمع
ولو تصرف فيها اي في الوديعة فربح يتصدق به اي
بالربح عند الطرفين وعند ابي يوسف يطيب له الربح
اذا ادى الضمان او سئل عنها بانه باعها ثم اشتراها
ودفع الى مالكها ودليل الطرفين بين في البيع
وان اودع اثنان من واحد شيئا لا يدفع الواحد اي
احدهما اي الى احد الاثنين حصته بغيبة الاخر فان
دفع ضمن نصفه ان هلك عند الامام سواء كان مثليا
او غير مثلي في المختار لان هذا الدفع يوجب القسمة
والمودع مامور بالحفظ لا بالقسمة خلافا لهما في المثلي
لان معنى الافراز فيه غالب كما ان معنى المبادلة
في غير المثلي غالب ولذا لا يجوز له الدفع فيه ويجوز
في المثلي وفيه اشارة الى انه لا يجوز له الدفع حتى لو
خاصمه الى القاضي لم يامره بدفع نصيبه اليه في قول
الامام والى انه لو دفع اليه لا يكون قسمة اتفاقا حتى
اذا هلك الباقي رجع صاحبه على الاخذ بحصته والى
انه ياخذ حصته منه اذا ظفر بها والى انه لو دفع وان كان
المدفوع لا يضمن كما في المنح وان اودع واحد عند
اثنين ما يقسم اي ما يمكن قسمته كالدراهم والدنانير
اقتسماه

اقتسماه المودعان وحفظ كل واحد منهما حصته لانه لا يمكن الا
الاجتماع على حفظها وحفظ كل واحد منهما للنصف
دلالة والثابت بالدلالة كالثابت بالنص فاذا دفع
احدهما حصته الى الاخر ضمن الدافع عند الامام وكذا
المرتهنان والوكيلان بالشرا اذا سلم احدهما الى
الاخر ما يمكن قسمته لان الاصل ان فعل الاثنين اذا
اضيف الى ما يقبل التجزي تناول البعض لا الكل فاذا
سلم احدهما الكل الى الاخر فلم يرض المالك به ضمن لا
يضمن القابض لان مودع المودع لا يضمن عنده وعندهما
لكل واحد منهما حفظ الكل اي كل الوديعة باذن الاخر
لانه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى
الاخر ولا يضمنه وان كان ما اودع عنده الاثنين مما
لا ينقسم اي مما لا يمكن قسمته كالعبد او مما يتعيب بالقسمة
كالثوب حفظه اي مما لا ينقسم احدهما باذن الاخر
اجماعا لان المالك رضي بثبوت يد كل واحد منهما على
الانفراد في الكل وان نهى اي المالك المودع عن دفعها
اي الوديعة الى عياله فدفع المودع الى من منه وكان
له منه بد وعدم احتياج اليه كدفعها الى عبده
مع ان له اهلا سواه ضمن ان هلكت وان دفعها الى من
لا بد اي لا فراق له منه كدفع الدابة الى عبده وكدفع
شيء يحفظه النساء الى زوجته لا يضمن ان هلكت لان
الوديعة مما يحفظ بيده او بيد عياله في بيته
فنهي المالك يقبل ان كان النهي مفيدا او لا يعتبر الحفظ
المطلوب كما لو قال لا تدفع الى فلان من عيالك فان لم
يكن له عيال سواه لم يصح نهيه لانه لا بد له من الدفع

وان كان له عيال لعجزه فدفعه الي من يعجز عن دفعه اليه
ضمن وعندها الائمة الثلاثة لو كان الاحرز دون الاول
يضمن والا فلا وان امر اي امر المالك المودع بحفظ
الوديعة في بيت معين من دار المودع فحفظها في غيره
اي حفظ الوديعة في بيت احرز منه اي من هذه الدار
وكانت بيوت الدار مستوية في الحفظ لا يضمن المودع
لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة هذا الشرط فلم يكن
مفيدا فلا يعتبر الشرط الا ان كان فيه اي في البيت
الاحرز خلل ظاهر بان كانت الدار التي فيها البيناء
عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه مكشوف
تحوف منه فان الشرط معتبر حينئذ فيضمن لكون
المعين احرز عن الاخر وان امر بحفظها في دار فحفظ
في غيرها اي في غير تلك الدار ضمن لتفاوت الدارين
في الاغلب فيفيد امره ولو اودع المودع غيره فهلكت
الوديعة ضمن المودع الاول فقط عند الامام
لان الثاني قبض المال من يد امين اذ بالدفع لا يكون
ضمينا ما لم يفارقه لحضور رايه فاذا فارقه فقد ترك
الحفظ اللازم بالتزام فيضمن بتركه والثاني مداوم
علي الحفظ ولم يوجد منه صنع في هلاك المال فلا يلزمه
الضمان وعندهما وعند الائمة الثلاثة ضمن ايا شاء اي
يخير المالك في التضمين لان الاول خاين بالتسليم الي
الثاني بغير اذن المالك والثاني متعد بقبضه بغير
اذنه فان ضمن المالك المودع الثاني رجع اي
الثاني علي الاول لانه عامل له فيرجع عليه
بما لحقه من العهدة لا يرجع بالعكس اي ضمن المالك

المودع

المودع الاول لا يرجع الاول علي الثاني لانه ملكه بالضمان
فظهر انه اودع ملك نفسه ولو اودع الغاصب المغصوب
عند غيره ضمن المغصوب منه ايا شاء من الغاصب ومودعه
اجماعا لان الثاني صار مثل الاول بالتلقي منه ابتداء لعدم
اذن المالك فكذا ابقاء ثم مودع الغاصب ان لم يعلم المودع
غاصب فضمن رجع علي الغاصب قولا واحدا وان علم
فكذلك في الظاهر وحكي ابو اليسر انه لا يرجع واليه اشار
شمس الائمة ولو اودع عند عبد محجور لان العبد الماذون
اخذ الوديعة يضمن في الحال اتفاقا شيئا فاتلفه اي اتلف
العبد ذلك الشيء ضمنه بعد عتقه عند الطرفين وان
اودع عند صبي يعقل فاتلفه فلا ضمان اصلا لا حالا لا
ولا بعد البلوغ عند الطرفين لان المالك استحفظ من
ليس باهل التزام الحفظ اما الصبي فلا يصح التزامه
اصلا فضمانا والمالك لاذن اذنه باتلافه واما العبد فالتزامه
لم يصح في حق المولي نظرا فلا يضمن في الحال وصح في حق
نفسه لكونه مكلفا فيضمن بعد العتق كما مر وقال ابو يوسف
يضمنان اي العبد والصبي للحال فيباع العبد فيه لان محجوريتهما
في الاقوال فقط ولهذا لو استهلكا عينا قبل الايداع يضمنان ا استهلكا
باتفاقهم اما لو تلفت في ايديهما لا يضمنان اتفاقا ولو اتلفا
ما اودع عند الاب والوصي يضمنان اتفاقا قالوا ما قلنا عند
صبي يعقل لانه اذا كان لا يعقل لا يضمن اتفاقا كذا ذكره فخر
الاسلام وغيره وفي المحيط عن بعض مشايخنا الخلاف في
صبي يعقل وليس الامر كما ظنوا بل الخلاف في الكل واحد
وعلي هذا الخلاف الاقراض والاعارة كما في شرح المجمع
وان دفع العبد الوديعة الي مثله اي الي عبد محجور فهلكت

عند الثاني يضمن الاول اي وللمالك ان يضمن العبد الدافع
بعد العتق فلا يضمن عند الامام لانه مودع المودع وعند
ابي يوسف يضمن ايهما شاء المالك اي بحكم الكنز في التضمين
لان الاول متعد بالدفع والثاني متعد بقبضه بلا
اذن كما مر انفا وعند محمد ان ضمن الاول فبعد العتق
لانه مع الامام في ايداع العبد المحجور وان ضمن الثاني
فللحال لان ضمانه ضمان فعل بقبضه ملك الغير بغير اذنه
فلزمه في الحال وفي شرح المجمع محل الخلاف اذا دفع العبد
الاول الى الثاني فانه لو امر الاول الثاني بقبضه فقبضه
وديعة وضاع ليس للمالك ان يضمن الاول قبل العتق اتفاقا
وفي رواية عن محمد ان الثاني يضمن بعد العتق ومن معه
الف درهم فادعى كل واحد من اثنين ايداعه اي الالف
عنده اي عند من فنكل عن الحلف لهما اي لكل واحد منهما
على الانفراد بعد ان استحلفاه فهي اي الالف لان دعواهما
صحيحة فيجب عليه اليمين لهما فان حلف لهما فلا شيء لهما
عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما ونكل للاخر قضي به
لمن نكل له دون الاخر لوجود الحجة في حقه دون الاخر
وان نكل لهما قضي بها بينهما لعدم الاولوية ثم يجب عليه
الف اخرى لاقراره هنا وللقاضي ان يبدا بايهما شاء في التحليف
والاولى بالقرعة وفي التحليف للثاني يقول بالله ما
هذه العين له ولا قيمتها لانه لما اقر بها للاول ثبت له
الحق فيها فلا يفيد اقراره بها للثاني فلو اقتصر على
الاول لكان صادقا وفي البحر لو قال اودعنيها احدهما
ولا ادري ايهما فان اصطلحا على اخذها بينهما فلهما
ذلك ولا ضمان عليه وليس لهما الامتناع من التسليم
بعد

بعد الصلح والا فان ادعاها كل واحد اخذها وليس له الامتناع
الامتناع من التسليم بعد الصلح والا فان ادعاها كل
واحد اخذها ليس له ذلك لان المقر له مجهول ولكن ان
يستحلفه فان حلف قطع دعواهما وان نكل فكمسئلة
الكتاب وكذا لو قال على الف لهذا او لهذا وفي التنوير
دفع الى رجل الفا وقال ادفعها اليوم الى فلان فلم يدفعها
حتى ضاعت لم يضمن كما لو قال له احمل الي الوديعة فقال
افعل ولم يفعل حتى مضى اليوم فقال المودع ادفع الوديعة
الى فلان فقال دفعت وكذبه فلان وضاعت الوديعة
صدق المودع مع يمينه قال لا ادري كيف ذهبت لا يضمن
على الاصح كما لو قال ذهبت ولا ادري كيف ذهبت
وفي المنح قال لا ادري دفنت في داري او في موضع اخر
يضمن ولو لم يبين مكان الدفن لكن سرقت الوديعة من
المكان المدفون فيه لا يضمن وفي العدة اذا دفن الوديعة
في الارض ان جعل هناك علامة لا يضمن والا ضمن وفي
الفلاة يضمن مطلقا

كتاب العارية

اخرها عن الوديعة لان فيها تمليكا وان اشتركا في الامانة
هي ماخوذة من العرية وهي العطية المخصوصة بالاعيان
ومستعملة في تلك المنافع ورده المطرزي وغيره
بالمشتقات استعاده منه فاعاده واستعاره الشيء
على حذف من وقيل هي منسوبة الى العار لان طلبها عيب
وعار على ما قال الجوهري وابن الاثير ورده الراغب
وغيره بان العار يائي والعارية واوية والصحيح على
ما صححوا التشديد وفي المغرب انها منسوبة الى العارة
اسم من الاعارة وفي التهذيب انها في القرب هو

[illegible]

المقول عليه لانه عليه السلام باشر الاستعارة فلو كانت
العار في طلبها لما باشرها وقيل هي في الاصل اسم موضع يلا
نسبه كالدريك التركي وهي من التعاور وهو التناوب
بلا تشديد فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع نوبة وقيل
هي اسم العين المعار لغة وشريعة هي اي العارية بمعنى
الاعارة لا العارية التي هي اسم للعين والا لم يصح حمل
التمليك عليه تمليك منفعة من عين مع بقائها احتراز
عن قرض نحو الدراهم وعن البيع والهبة بلا بدل احتراز
عن الاجارة وقال الكرخي هي اباحة الانتفاع بملك الغير
لا تمليك المنفعة وهو قول الشافعي لانها تنعقد
بلفظ الاباحة وتبطل بالنهي والتمليك لا يبطل به كالهبة
والاجارة ولان المستعير لا يملك الاجارة من غيره ومن
ملك المنافع ملك اجارتها ولان التمليك عن جهالة مع الجهل
بخلاف الاباحة اذ فيها لا يشترط ضرب المدة ولنا ان
العارية مشتقة تنبئ عن التمليك لكونها من العرية هي
العطية من الثمار ولذا تنعقد بلفظ التمليك وانما
انعقدت بلفظ الاباحة والنهي ليس ابطالا للتمليك بعد
ثبوته بل هو منع عن التمليك لانه دليل الرجوع
والاسترداد وانما لا يملك المستعير الاجارة لما فيها من
الضرر بالمعير لانه ملك للمستعير المنافع على وجه يتمكن
من الاسترداد متى شاء فلو ملك المستعير الاجارة لم يتمكن
المعير من ذلك والجهالة فيها ليس بمضر لعدم الافضاء الى
النزاع لجواز رجوع المعير في كل ساعة ولحظة وللمنافع
قابلة للتمليك كما في الوصية بخدمة العبد بضرب
المدة وهي مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع وانما

لانها استعيرت للتمليك بلا عوض كما تنعقد الاجارة بلفظة الاباحة

اختلفوا

اختلفوا في كونها مستحبة وهو قول الاكثر او واجبة وهو
قول البعض وشرطها قابلية العين للانتفاع بها
مع بقائها وسببها ما مر من التعاضد المحتاج اليه الدنيوي
بالطبع ومحاسنها النيابة عن الحق سبحانه في اجابة
المضطر لانها لا تكون الا لمحتاج كالقرض فلهذا كانت
الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر ولا تكون العارية
الا فيما ينتفع به مع بقاء عينه اعلم ان الاعارة نوعان
حقيقة ومجاز فالحقيقة اعارة الاعيان التي يمكن
الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والدار والعبد والدابة
والمجاز اعارة ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك عينه
كالدراهم والدنانير وغيرهما من المكيلات والموزونات فتكون
اعارة صورة قرضا معنى وعلى هذا قال واعارة المكيل
والموزون والمعدود قرض لان الانتفاع بها انما يمكن
باستهلاك عينها فاقتضى اعارتها تمليكها وذلك يكون بالهبة
او القرض لكونه ادنى ضررا لانه يوجب رد المثل الا ان
عين انتفاعا يمكن رد العين بعده اي بعد الانتفاع كما
لو استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او ليزين بها دكانا
فانه عارية لا قرضا وتصح العارية باعرتك اي جعلتها
عارية لك لكونه صريحا فيها كما في المضمرات ان اركانها
الايجاب والقبول وشرطها القبض ومنحتك هذا الثوب
بمعنى اعطيتك لان هذا الثوب اذا اضيف الى ما ينتفع
به مع بقاء عينه فهو عارية اذ اصله اعطاء الشيء لاخر
لينتفع به اياما ثم يرده فروعي اصله واذا اضيف الى
ما لا ينتفع به مع بقاء عينه فهو هبة كالدراهم والدنانير
والمطعوم والمشروب واطعمتك ارضي هذه لان الطعام

اذا قارنت الى ما يطعم عينه كالبر يراد به تمليك عينه واذا
قارنت الى ما لا يطعم كالارض يراد به اخذ غلتها اطلاقا
لاسم المحل على الحال (وحملتك على دابتي هذه) لانه يقال في
العرف حمل فلان فلانا على دابته اذا اعاره اياها واذا
وهبه اياها فاذا نوى احدهما صحت نيته واذا لم ينو حمل
على الادنى لئلا يلزم الاعلى بالشك ولان الحمل هو الاركاب
حقيقة فكان عارية وفي الدرر وشرح المجمع كلام تتبع
(واخدمتك عبدي) لانه اذن له في الاستخدام وهو
العارية اذا لم يرد بذلك اي بكل من الاطعام والحمل والاخدام
الهبة فاذا نوى احدهما صحت نيته وان لم يكن له نية
حمل على الادنى كما مر (وداري لك سكنى) اي من جهة السكنى
لان داري مبتدأ ولك خبره وسكنى تمييز عن النسبة
الى المخاطب لان قوله لك يحتمل لتمليك العين والمنفعة
وقوله سكنى محكم في المنفعة وهو معين للثاني فيحكم
المفسر فيكون عارية (او داري لك عمرى سكنى) فعمرى
مفعول مطلق لفعل محذوف تقديره اعمرتها لك عمرى
والعمرى جعل الدار لاحد مدة عمره وسكنى تمييز وتخصيص
للتنصيص على العارية (وللمعير الرجوع فيها) اي في العارية
المطلقة او المقيدة متى شاء لعدم لزومها هذا اذا لم تتعلق
بها اجارة والا فلا يرجع كما اذا استعار امة لترضع ابنه
فارضعته فلما صار الصبي لا يأخذ ثدي غيرها فانه لا يسترد
وعليه اجر مثل خادمة الى ان يفطم وكذا لو استعار من رجل
فرسا ليغزو عليه فاعاره اياه اربعة اشهر ثم لقيه بعد
شهرين في بلاد المسلمين فاراد اخذه كان له ذلك وان
لقيه بعد شهرين في بلاد الشرك في موضع لا يقدر على الكراء

او الشراء

او الشرا
كان للمستعير ان لا يدفعه اليه لانه اضرار به وعلى
المستعير اجر مثل الفرس من الموضع الذي طلب صاحبه الى
الى الموضع الذي يجد فيه كراء او شراء (ولو هلكت العارية)
بلا تعد من المستعير (فلا ضمان) ولو بشرط الضمان فان شرط
باطل كما في المحيط وفي التبيين والعارية اذا اشترط فيها
الضمان تضمن عندنا في رواية صاحب الجوهرة وجزم بان العارية
تصير مضمونة بشرط الضمان ونقله الزيلعي رواية وفي البزازية
اعرني هذا على انه ان ضاع فانا ضامن وضاع لم يضمن
انتهى وهذا اذا لم يتبين انها مستحقة للغير فان ظهر
استحقاقها ضمن ولا رجوع له على المعير لانه متبرع وللمستحق
ان يضمن المعير واذا ضمنه لا رجوع له على المستعير ولا يملك
والد الصغير اعارة مال ولده والعبد المأذون يملك ان يعير
والمرأة اذا اعارت شيئا من ملك الزوج فهلك ان كان شيئا داخل
البيت وما يكون في ايديهن عادة فلا ضمان على احد اما في الفرس
والثور فيضمن المستعير او المرأة كما في البحر وقال الشافعي واحمد
يضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال لقوله عليه السلام
العارية مضمونة ولانه قبض لنفسه فصار كالمقبوض لسوم
الشراء ولنا قوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل
ضمان ولانها امانة في يده سواء هلكت من استعماله او لا وما
رواه محمول على ضمان الرد (ولا تؤجر العارية) لانها دون
الاجارة والشيء لا يستتبع فوقه (ولا ترهن) لان الرهن ايفاء
وليس له ان يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه وله ان يودع على
المفتى به وهو المختار وصحح بعضهم عدمه كما في المنح (كالوديعة)
اي كما لا تؤجر ولا ترهن الوديعة لانها امانة فلا يجوز
التصرف فيها فان اجرها اي اجر المستعير العارية فتلفت اي

هلكت العارية ضمن ايهما شا اي المعير مخير ان شا يضمن المستعير لانه صار غاصبا بتعديه او يضمن المستاجر لانه قبض ملك الغير بغير اذنه فان ضمن اي المعير المؤجر اي المستعير لا يرجع بما غرمه على احد لانه بالضمان تبين انه اجر ملك نفسه فيتصدق بالاجرة عندهما خلافا لابي يوسف وان ضمن المستاجر رجع على المؤجر اي المستعير ان لم يعلم المستاجر انه اي انه مال استاجره عارية عند موجره وهو المستعير لكونه مغرورا من جهة موجره فيدبه لانه ان علم لا يرجع لان المؤجر حينئذ لم يكن منه غرور وصار كالمستاجر من الغاصب اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل على الدابة والاستخدام والسكنى والزراعة وان شرط الاركاب ينتفع هو بنفسه لان التقييد فيما لا يختلف غير مفيد خلافا للشافعي لان العارية اباحة المنافع عنده فلا يملك اباحتها غيره ولنا انها تمليك المنافع فيملك ان يعيرها كما مر لا ما يختلف باختلاف المستعمل كالركوب اي ركوب الدابة ولبس الثوب ان تعين المعير مستعملا لان المعير رضي بذلك المعين دون غيره لان ركوب العسكري لا يكون كركوب السوقي ولبس القصار ليس كلبس البزاز وان لم يعين المعير مستعملا جاز ايضا كما يجوز ان يعير ما لا يختلف باختلاف الاستعمال لانه لكون الاعارة مطلقة حينئذ ما لم يتعين بفعل المستعير فان تعين المنتفع بفعله لا يجوز له ان يعيره وفرع بقوله فلو ركب هو اي المستعير ليس له اي للمستعير اركاب غيره وان اركب المستعير غيره فليس له ان يركب هو يعني من استعار دابة مطلقا كان له ان يحمل ويعير غيره للحمل ويركب بنفسه او يركب غيره وايا فعل من الحمل او حمل الغير ومن الركوب

او الاركاب فقد تعين العمل فليس بعد حمله ان يحمل غيره ولا عكس هذا الاصح وكذا الحكم الاركاب بعد الركوب وعكسه لتعين الركوب في الاول والاركاب في الثاني وهذا الذي ذكره اختيار فخر الاسلام وقال بعضهم له ان يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام كما في العناية وان قيدت الاعارة بنوع او وقت اي قيد المعير العارية بنوع من الانتفاع بان شرط ان ينتفع هو بنفسه او فلان معين او قيدها بوقت معين بشهر او جمعة مثلا او بهما اي قيد بالنوع والوقت جميعا ضمن المستعير بالخلاف فيه او قيد بهما اي بشر فقط فلم يضمن بالخلاف الى مثل او خير كما اذا قال له احمل على هذه الدابة هذه الحنطة لان له ان يحمل عليها مثلها او دونها في الضرر كحمله مثل الحنطة شعيرا لان الاذن بالشيء اذن بما يشابهه او بما هو خير منه وهذا استحسان والقياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر بخلاف ما لو قال احمل عليها عشرة اقفزة شعير فحمل عليها عشرة اقفزة بر لان المعير لم يرض بالشيء الثقيل فيضمن لوجود التعدي وان اطلق المعير الانتفاع فيهما اي في النوع والوقت فله اي المستعير الانتفاع باي نوع شا في اي وقت شاء عملا بالاطلاق واختلفوا في ايداع المستعير فقال جماعة منهم الكرخي ليس له ذلك وقال الباقون في هذا الفتوى ناصح واكثرهم على ان له ذلك منهم مشايخ العراق وابو الليث وابو بكر محمد ابن الفضل وبرهان الائمة قال ظهير الدين وعليه الفتوى وفي المنح وجعل الفتوى في السراجية ايضا لكن في الصيرفية ان القول بان العارية تودع او لا تودع محله ما اذا كان

المستعير يملك الاستعارة اقا فيما لا يملكها فلا يملك الايداع أو ان
اختلفا فيما حمل على الدابة وفي مسافة الركوب والحمل
او في الوقت فالقول في ذلك كله للمعير مع يمينه وتصح
اعارة الارض للبنا والغرس اي غرس الشجر لان منفعتها
معلومة ويجوز اجارتها فكذا اعارتها بكل او في نكونها
بتمامها وله اي للمعير ان يرجع عن العارية بعد ان بنى
المستعير بعد ان بنى المستعير او غرس متى شا لانها
غير لازمة ويكلفه اي المعير المستعير قلعهما اي قلع البنا
والغرس عن الارض لانه شغل ارض الغير بهما فيؤمر بتفريغها
الا ان شا ان ياخذها بقيمتها فيما اذا كانت الارض
تستضر بالقلع بخلاف ما اذا كانت لا تستضر بالقلع حيث
لا يجوز الترك الا باتفاقهما كما في التبيين ولا يضمن
المعير ما نقص من البنا والغرس بسبب القلع ان لم يوقت
العارية اذ المستعير بنى وغرس في محل كان للمعير حق
الرجوع فاغتر بنفسه اعتمادا على الاطلاق من غير ان
يسبق منه للمعير بعد وان وقت المعير وقتا معينا
ورجع قبله اي قبل الوقت الذي عينه كره له اي للمعير
ذلك الرجوع لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير للمستعير
ما نقص البنا والغرس بالقلع بان يقوم كاينا غير مقلوع
يعني اذا كانت قيمة البنا الى الوقت المضروب عشرة
دنانير مثلا واذا قلع في الحال تكون قيمة النقض حينئذ
دينارين يرجع المستعير على المعير بثمانية دنانير لان
المعير غره بالتوقيت وقال زفر لا يضمن لان التوقيت
والاطلاق فيه سوا لبطلان التاجيل في العواري
وقيل يضمن المعير قيمتهما اي قيمة البنا والغرس ذكره

الحاكم

الحاكم الشهيد ويتملكه اي المعير البنا او الغرس الا ان يشا
المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه
ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب
الارض كما في الهداية وعن هذا قال والمستعير قلعهما اي
البنا والغرس بلا تضمين ان لم تنقص الارض به اي بالقلع
كثيرا وعند ذلك اي عند نقصان الارض كثيرا بالقلع
الخيار للمالك بين ضمان نقصانهما وضمان قيمتهما لان
للمستعير لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع
والترجيح بالاصل كما في الهداية وفي المحيط يضمن للمعير
قيمة البنا والاشجار قايمة على الارض غير مقلوعة منقوضة
وان شا المستعير قلع غرسه وبناه ولا يضمنه اذا لم يضر
بالارض وان كان القلع يضر بالارض لا يقلع الا برضا
صاحبها ويضمن له قيمته مقلوعا انتهى وظاهره مع ما قبله
ان القلع اذا لم يضر بالارض كان الخيار للمستعير بين قلعه
وبين تضمين جميع القيمة وان اعارها اي الارض للزرع
لا تؤخذ منه اي من المستعير استحسانا لان التضرير
بالمؤمن حرام حتى يحصد الزرع بل تترك في يده بطريق
الاجارة باجر المثل كيلا تفوت منفعة ارضه مجانا
وقت المعير ام لا يوقت لان للزرع نهاية معلومة فكان
في الترك مراعاة الحقين وايضا في القلع ابطال ملك المستعير
وفي الترك تاخير حق تصرف المعير فيها والاولى اشد ضررا
فيصار الى الثاني واجرة رد المستعار واجرة رد المستاجر
والوديعة والرهن والمغصوب على المستعير والموجر
والمودع والمرتهن والغاصب اما المستعار فلانه رده
على المستعير لانه قبض العارية لنفع نفسه فتكون

اجرة الرد عليه واما المستاجر فلانه مقبوض لمنفعة الموجر لان
الاجر سلم له فلا يكون رده واجبا على المستاجر بل على الموجر
فتكون مونة رده عليه واما الوديعة فلان منفعة حفظها
عايدة له فكانت مونة ردها عليه واما الرهن فلان قبضه
قبض استيفا فكان قابضا لنفسه واما المغصوب فلانه
الغاصب يجب عليه رد العين المغصوبة الى يد مالكها كما
كانت فيكون عليه مونة ردها وفي عدة الفتاوى نفقة
العبد المستعار على المستعير وكسوته على المعير واذا رد
المستعير الدابة المستعارة الى اصطبل ربها اي صاحب
الدابة او رد العبد المستعار او الثوب المستعار الى دار
مالكه برئ عن الضمان اذا هلكت الدابة او هلك العبد
او الثوب استحسانا والقياس ان لا يبرا لانه لم يردها
الى صاحبها ولا صاحبها نفسها وهو قول الائمة الثلاثة
وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف وهو
المعول عليه بخلاف الغصب والوديعة فان الغاصب لا
يبرا الا بتسليم العين المغصوبة الى المالك لانه متعد باثبات
يده فيها فلا تكون ازالتها الا بالتسليم اليه حقيقة واما
المودع فلا يبرا ايضا الا بتسليم الوديعة الى مالكها لانها
للحفظ ولم يرض بحافظ غيره اذ لو رضي به لما اودعها عنده
وان رد المستعير الدابة مع عبده او اجيره مشاهرة او
مسانهة برئ اذا هلكت قبل الوصول الى المالك لانه في
عيال المستعير وله ردها بيد من في عياله وكذا ان
ردها اي الدابة مع اجير ربها اي رب الدابة مشاهرة
او مسانهة او مع عبده اي رب الدابة برئ عن الضمان
ايضا اذا هلكت استحسانا والقياس ان لا يبرا الا بالتسليم

الى صاحبها

الى صاحبها كما ذكرناه انفا قيل هذا في زمانهم واما في زماننا
فلا يبرا الا بالتسليم الى يد صاحبها كما في الشمني يقوم حال
من اجيره وعبده لا صفته لان الجملة نكرة على الدابة او لا
يقوم وهو الصحيح لان الدابة وان لم تكن في يده دايما الا
انها تدفع اليه في بعض الاوقات فيكون رضى المالك
بدفعها اليه موجودا بخلاف الاجنبي والاجير مياومة
اذا ردها مع الاجنبي والاجير مياومة لا يبرا لانه لا يعد
من العيال فلا يرضى المالك به فيضمن ان هلكت قبل
الوصول وبخلاف رد نفيس كعقد اللالي الى دار مالكه
فانه ان هلكت قبل القبض يلزم الضمان لان هذا لا يعد
تسليما في العرف ويكتب مستعير الارض للزراعة قد
اطعمتني ارضك لا اعرتني اي اذا اعيرت الارض للزراعة
واراد المستعير ان يكتب كتابا يكتب انك قد اطعمتني
ارضك ولا يكتب قد اعرتني عند الامام لان لفظ الاطعام
ادل على الزراعة لان عين الارض لا يطعم وانما يطعم
ما يحصل منها بخلاف الاعارة فيها لانها تكون للبنا خلافا
لهما فان عندهما يكتب الاعارة لان لفظ الاعارة موضوع
لهذا العقد والكتابة بالموضوع اولى واذا اعيرت الارض
سكنى لا للزراعة يكتب انك اعرتني ارضك بالاتفاق قد في
التنوير ادعى ايصال الامانة الى مستحقها قبل قوله كالمودع
اذا ادعى الرد والوكيل والناظر وسوا كان في حياة مستحقها
او بعد موته الا في الوكيل بقبض الدين اذا ادعى بعد
موت الموكل انه قبضه ودفعه له في حياته لم يقبل الا ببينة
بخلاف الوكيل بقبض العين والله اعلم

كتاب الهبة

وجه المناسبة بين ما قبلها وبينها ظاهر لان ما قبلها

يعني لو قال قبضتها في حياته وهلكت وانكرت الورثة
او قال دفعتها اليه صدق
لانه ينفي الضمان عن نفسه
بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه
يوجب الضمان على الميت فلا يصدق

تمليك المنفعة بلا عوض وهي تمليك العين كذلك وهي لغة
التفضل على الغير بما ينفعه ولو غير مال كقوله تعالى
يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وفي
العناية انها في اللغة عبارة عن ايصال الشيء الى الغير
بما ينفعه قال الله فهب لي من لدنك وليا انتهى وهو
يرجع الى المعنى الاول ويتعدى اما باللام نحو وهبته
له وحكى ابو عمرو وهبتكه كما في القاموس وقالوا بحذف
اللام منه واما بمن نحو وهبته منك على ما جاء به من
احاديث كثيرة في الصحيح كما في دقائق النووي فظن من
المطرزي انه خطا وعن المتعنتة اذا في انه عبارة الفقهاء
كما في القهستاني وفي الشريعة هي تمليك عين بلا عوض
هذا تعريف للهبة المحضة العادية عن شرط العوض فان
الهبة بشرط العوض بيع انتهاء فتثبت الشفعة وللخيار
كما سيأتي فلا ينتقض التعريف بالهبة بشرط العوض
فعلى هذا لا يلزم ما ارتكبه صاحب الدرر دفعا لاعتراض
بعض عليه تدبر والمراد بالعين عين المال لا العين
المطلق بقرينة التمليك المضاف اليه لان العين الذي
ليس بمال لا يفيد الملك وكذا المراد بالتمليك هو التمليك
في الحال لان قوله وهبته لا ينشئ الهبة حالا لا كبعد فلا
حاجة الى قول من قال هي تمليك مال بالحال للاخر احترازا عن
الوصية ولان العين قد لا تكون مالا تدبر فخرج عن
هذا التعريف الاباحة والعارية والاجارة والبيع وهبة
الدين ممن عليه الدين فان عقد الهبة اسقاط
وان كان بلفظ الهبة وهي امر مندوب وصنيع محمود
محبوب قال عليه السلام تهادوا تحابوا وقبولها سنة

فانه

فانه عليه السلام قبل هدية العبد وقال في حديث بريرة
هو لها صدقة ولنا هدية وقال عليه السلام لو اهدي الي
طعام لقبلت ولو دعيت الى كراع لاجبت واليه اي
الاجابة الاشارة بقوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه
نفسا فكلوه هنيئا اي سرورا مريئا اي دائميا على الاكل
وهي نوعان تمليك واسقاط وعليها الاجماع كما في الاختيار
وسببها ارادة الخير للواهب دنيوي كالعوض وحسن الثناء
والمحبة من الموهوب له واخروي قال الامام ابو منصور
يجب على المؤمن ان يعلم ولده الجود والاحسان كما يجب
عليه ان يعلمه التوحيد والايمان اذ حب الدنيا رأس
كل خطيئة كما في النهاية وشرائط صحتها في الواهب العقل
والبلوغ والملك وفي الموهوب ان يكون مقبوضا غير
مشاع مميزا غير مشغول وحكمها ثبوت الملك في العين
الموهوبة غير لازم حتى يصح الرجوع وعدم صحة خيار الشرط فيها وانها
لا تبطل بالشروط الفاسدة كما سيأتي وركنها هو الايجاب
والقبول وعن هذا قال وتصح الهبة بايجاب وقبول على ما
في الكافي وغيره لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول
واما الحنث بمجرد الايجاب حتى اذا حلف لا يهب فوهب ولم
يقبل لان الغرض عدم اظهار الجود وقد وجد الاظهار لكن
ذكر في الكرماني ان الايجاب في الهبة عقد تام والقبول ليس
بركن كما اشار اليه الخلاصة وغيرها وفي المبسوط ان
القبض كالقبول في البيع ولذا لو وهب الدين من الغريم
لم يفتقر الى القبول وفي القهستاني ولعل الحق هذا فان
في التاويلات التصريح بان الهبة غير لازم ولذا قال احد
اصحابنا لو وضع ماله في طريق ليكون ملكا للرافع جاز

انتهى لكن يمكن الجواب بان القبول كما يكون بالصريح يكون
بالدلايل فيكون اخذه قبولا دلالة وتتم الهبة بالقبض
الكامل ولو كان الموهوب شاغلا لملك الواهب لا مشغولا
به لقوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد
نفي الملك لا الجواز لان جوازها بدون القبض ثابت
خلافا لمالك فان عنده يثبت القبض بشرط الهبة قال
صاحب المنح هبة الشاغل تجوز وهبة المشغول لا تجوز
والاصل في جنس هذه المسايل ان اشتغال الموهوب
بملك الواهب يمنع تمام الهبة مثاله وهب جرابا فيه
طعام لا يجوز ولو وهب طعاما في جراب جازت واشتغال
الموهوب به بملك غير الواهب هل يمنع تمام الهبة ذكر
صاحب المحيط انه لا يمنع فانه لو قال اعار دارا من
انسان ثم ان المستعير غصب متاعا ووضعه في الدار
ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة في الدار
وكذلك لو ان المعير هو الذي غصب المتاع ووضعه
في الدار ثم وهب المعير من المستعير كانت الهبة تامة
وتمامه فيه فليراجع وفي الخانية رجل وهب دارا وسلم
وفيها متاع الواهب لا يجوز لان الموهوب مشغول بما
ليس بهبة فلا يصح التسليم ولو وهبت امراة دارها
من زوجها وهي ساكنة فيها وزوجها ايضا ساكن فيها
جازت الهبة ويصير الزوج قابضا للدار لان المراة
ومتاعها في يد الزوج فصح التسليم وفي الخلاصة
رجل وهب لابنه الصغير دارا والدار مشغولة بمتاع
الواهب جاز ولو تصدق بدار على ابنه الصغير والاب
ساكنها لا يجوز عند الامام وعندهما يجوز وعليه

الفتوى

الفتوى والمراد بالقبض الكامل في المنقول ما هو المناسب
وفي العقار ايضا كما يناسبه فاخذ مفتاح الدار الموهوبة
قبض لها بخلاف ما لو وهب شيئا في صندوق مقفل ودفع
الصندوق لا يكون قبضا فلا تتم الهبة فان قبض الموهوب له
في المجلس اي مجلس الهبة بلا اذن صريح من الواهب
صح القبض استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول
الشافعي لانه تصرف في ملك الغير فلا يجوز الا باذنه
وجه الاستحسان ان القبض بمنزلة القبول في الهبة
من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك فيكون
الايجاب منه تسليطا على القبض وبعده اي بعد المجلس
اي بعد الافتراق لا بد من الاذن الصريح فلا يصح
القبض بعد الافتراق بلا اذن صريح لانا انما اثبتنا التسليط
فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس لان الدلالة
لا تعمل بمقابلة الصريح فهذا اذا نهاه في القبض لا يصح
قبضه لا في المجلس ولا بعده وفي القهستاني والحاصل انه
اذا اذن بالقبض صريحا يصح قبضه في المجلس وبعده
ويملكه قياسا واستحسانا ولو نهى عن القبض بعد الهبة لا يصح
القبض لا في المجلس ولا بعده ولا يملكه قياسا ولو لم ياذن
له بالقبض ولم ينه فان قبض في المجلس صح القبض
استحسانا لا قياسا وان قبض بعد المجلس لا يصح القبض
قياسا واستحسانا ولو كان الموهوب غايبا فذهب وقبض
فان كان القبض باذن الواهب جاز استحسانا لا قياسا
وان كان بغير اذنه لا يجوز بهذا لكنه مخالف لما ذكرنا من
مسالة التاويلات انتهى لكن يمكن التوفيق بان ومنه مسالة في
طريق ليكون ملكا للرافع اذن بالقبض دلالة فلا مخالفة

اعلم انه تنعقد الهبة بوهبت اي بقوله وهبت لانه صريح فيه
لا زائد قال المصنف اولا وتصح بايجاب وقبول ثم قال الا ركن
الهبة الا الايجاب كما ان صاحب الهداية فعل كذلك لكن يمكن التوفيق
بان المعنى اولا الركن فقال الايجاب والقبول ثم اراد ان
يبين الفاظ الايجاب فقال وتنعقد بوهبت الخ فلا يلزم
ما قاله صاحب الفرائد تدبر ونحلته لكثرة استعماله فيه
واعطيت واطعمتك هذا الطعام لان الاطعام اذا نسب
الى ما يطعم عينه يكون هبة كما لو اطلقه وهذا اذا كان
على وجه المزاح كما في الخلاصة وغيرها ولو قال هب لي هذا
الشيء على وجه المزاح فقال وهبت وسلمه اليه
جاز وعن ابن المبارك انه مر على قوم يضربون الطنبور
فقال لهم هبوا لي هذا امشي فدفعوه اليه فضرب به الارض
فكسره فقالوا يا شيخ خدعتنا انتهى ويحصل بما لو قال القوم
قد وهبت جاريتي هذه لاحدكم فليأخذها من شاء
فاخذها رجل منهم ملكها كما في الخانية وكذا بقوله اذنت
للناس جميعا في ثمر نخلي من اخذ شيئا فهو له فبلغ الناس
فمن اخذ شيئا يملكه كما نقله صاحب المنح عن المنتقى ثم قال
وظاهره ان من اخذه ولم يبلغه مقالة الواهب لا يكون له
كما لا يخفى انتهى لكن يخالفه ظاهر ما نقل من انه لو وضع ماله
في طريق ليكون ملكا للرافع جاز لانه مطلق يتبعه
الكافة اولى تامل واكسوتك هذا الثوب لان الكسوة
يراد بها التمليك وفي الخلاصة لو دفع الى رجل ثوبا وقال
البس نفسك ففعل يكون هبة ولو دفع اليه دراهم
وقال انفقها يكون قرضا واعمرتك هذا الشيء لقوله عليه
السلام من اعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده ولان

العمرى

قوله الا ان الركن الهبة الايجاب ... تنعقد بوهبت اخره ...

يقال نحلته اي اعطيته شيئا من غير عوض بطيب نفس مختار الصحاح

العمرى تمليك الحال فتثبت الهبة وتبطل ما اقتضاه من شرط
الرجوع ولذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل الشرط ايضا
كما لو قال وهبتك هذا العبد حياتك وحياته او اعمرتك
داري هذه حياتك او اعطيتها حياتك او وهبت هذا
العبد حياتك فاذا مت فهو لي واذا مت فهو لورثتي
فهذا تمليك صحيح وشرط باطل وحملته ... لان
الاول يستعمل تمليكا قصدا وكذا لو قال ملكتك هذا الشيء او
لغيرك وداري لك حال كونها هبة سكنى لان اللام هو
في معنى التمليك ظاهرا وقوله سكنى مشورة وتنبيه
على المقصود وليس بتفسير فصار ونظيره قوله هذا
الطعام لك تأكله وبشرح اي بنية الهبة في حملتك
على هذه الدابة لان الحمل يستعمل في الهبة مجازا فيحمل
عليها عند النية كما في العارية وان قال عارية او كما قال
لو قال هبة سكنى لما مر ان سكنى تمييز فيصير تفسيرا
لما قبله لكونه محكما في تمليك المنفعة فتكون عارية
او داري لك حال كونها سكنى هبة لان في هذا تمليك
منفعة او داري لك حال كونها لك عمرى تكون سكنى
العطية سكنى فتقديره نحلتك سكنى فسكنى يرفع
الايهام او داري لك حال كونها سكنى صدقة فسكنى
يفيد تمليك المنفعة او داري لك حال كونها صدقة عارية
لان العارية تمييز فيصير تفسيرا لما قبله او داري لك عارية
هبة او داري لك ... العارية حال كون منافعها
هبة لك لان قوله العارية صريح في تمليك المنفعة
فعارية اي في جميع هذه العبارات تكون عارية لا هبة
وتصح هبة مشاع لا يحتمل القسمة اي ليس من شأنه

ان يقسم بمعنى لا يبقى منتفعا به بعد القسمة اصلا كعبد ودابة
او لا يبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع
الذي كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام ولا تصح
الهبة فيما اي مشاع يحتمل اي القسمة على وجه ينتفع به
بعد القسمة كما قبلها كالارض والثوب والدار والعقار
ولو كانت الهبة لشريكه اي الواهب لان القبض في الهبة
منصوص عليه فيشترط كماله والمشاع لا يقبل القبض
الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب فلم يوجد القبض
الكامل فاكتفى بالقبض القاصر ضرورة ولا يجوز فيما يحتمل
القسمة خلافا للشافعي فانه جائز فيهما وقالت الائمة
الثلاثة الهبة عقد تمليك فتجوز في المشاع وغيره
كالبيع بانواعه واراد بالشيوع المانع الشيوع
المقارن للعقد لا الطارئ كان يرجع الواهب في بعض
الهبة شائعا فانه لا يفسدها اتفاقا والاستحقاق يفسد
الكل لانه مقارن لا طارئ فيفسد بالهبة لان الرهن يبطل
الشيوع الطارئ كالمقارن كما في البحر وفي الدرر
اعترض عليه صدر الشريعة في هذا المحل فلم جاز ان يقسم
اي الا اذا قسم الموهوب المشاع وسلم اي الموهوب صح
العقد لحصول الشرط بعد رفع الشيوع وهو كما له
الشيوع ولو سلمه شائعا حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون
مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب كما في الدرر
وفي المنح وهبة المشاع لا افسدت لا تفيد الملك وان قبض
الجملة مروي ذلك عن ابي يوسف وهو الصحيح وفي
الخلاصة الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض اما لا يثبت
الملك للموهوب له بالقبض هو المختار وفي جامع

الفصولين

الفصولين والبزازية ان الهبة الفاسدة تفيد
الملك بالقبض وبه يفتى فقد اختلف التصحيح وتحرر لفظ
الفتوى آكد من لفظ الصحيح كما افاده في بعض
العبارات ولا تصح هبة دقيق في بر وهبة دهن في سمسم
وسمن في لبن ... وصلبية ... ثم طحن البر واستخرج الدهن
من السمسم والسمن من اللبن وسلم لان الموهوب
معدوم وقت الهبة والمعدوم ليس بمحل للملك بخلاف
المشاع اذ هو محل له حيث كان موجودا وقت العقد
الا انه يتوقف على القسمة والتسليم وذكر لاحقا في
العقد هبة لبن في ضرع وصوف على غنم ونخل وزرع
في ارض وثمر في نخل كهبة المشاع لان امتناع الجواز
للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع حتى اذا فصلت
هذه الاشياء عن ملك الواهب وسلمت صحت بخلاف
ما لو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة لا يجوز لان في
وجوده احتمالا فصار كالمعدوم وفي الكافي لو وهب
زرعا في ارض او ثمرا في شجر وامره بالحصاد والجذاذ
استحسانا ويجعل كانه وهب بعد الحصاد والجذاذ
وهبة شيء هو في يد الموهوب له تتم بلا تجديد قبض
لتحقق شرط الهبة وهو القبض لان القبض الواجب
بالهبة قبض امانة فينوب عنه كل قبض بخلاف ما
اذا باعه منه لان القبض فيه مضمون فلا ينوب
عنه قبض امانة فيلزمه قبض جديد وفي اطلاقه
شامل لما اذا كانت في يده امانة او مضمونة ولو
وديعة لانه بعد الهبة لم يكن عاملا لمالكه فاعتبرت
يد الحقيقة وهبة الاب لطفله تتم بالعقد لانه في قبضه

الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه ان كان
الموهوب في يد الاب فلا يحتاج الى قبض جديد سواء
كان في عياله او لا لكن يلزم الاشهاد عليه للاحتياط
والتحرز عن جحود ساير الورثة بعد موته او في يد
مودعه لان يد المودع كيد المالك لا ان كان الموهوب
اي الاب
في يد غاصب اي لو غصب عبده مثلا غاصب فوهب
لابنه الصغير وهو في يد الغاصب لا تتم الهبة بمجرد
العقد لانه ليس في يد الاب حقيقة وحكما لكونه
مضمونا والضمان انما يكون بتفويت اليد او في يد
مبتاع بيعا فاسدا اي لو باعه بيعا فاسدا وسلمه
ثم وهبه لابنه الصغير لا يجوز او في يد متهب معناه
لو وهبه لاخر بلا عوض ثم وهبه لابنه الصغير
لا يجوز وهو الظاهر لكن في عامة المعتبرات او في يد
مرتهن مكان متهب صريح يعني لو رهنه لاخر ثم وهب
لطفله لا تتم الهبة بمجرد العقد تتبع والصدقة في ذلك
كالهبة او المراد من الصدقة هاهنا التصدق لابنه
فقط والا يلزم التكرار ولان المصنف ذكر مطلق الصدقة
في اخر هذا الكتاب فعلى هذا التفسير صاحب الفرايد
في هذا المحل مطلقا ليس بشيء تتبع والام كالاب
في ان هبتها لطفلها تتم بالعقد عند غيبته اي
الاب غيبة منقطعة وتفسيرها تقدم في باب الاولياء
او موته اي الاب وعدم وصيه ان كان الطفل في
عيالها لان للام ولاية الحفظ اذا كان في حجرها لكن
بشرط غيبة الاب غيبة منقطعة او موته وعدم
وصيه لانه عند حضور الاب او الوصي لا يكون للام
ذلك

ذلك ولو في حجرها وكذا كل من يعول الطفل كالعم والاخ لان
هذا محض نفع للطفل ولانه لما كان له تاديبه وتسليمه
في حرفة كان له التصرف النافع بتمليكه بمجرد الهبة
اذا كان في يده كما في الاب عند عدم الاب وهبة
الاجنبي له اي للطفل تتم بقبضه اي بقبض الطفل لو
كان عاقلا اي مميزا يعقل التحصيل ولو كان ابوه حيا
لانه في التصرف النافع ملحق بالبالغ العاقل وفي
البحر من وهب لصغير بعير عن نفسه شيئا فرده يصح
كما يصح قبوله وفي السراجية من وهب للصغير شيئا له
ان يرجع فيه وليس للاب التعويض من مال الصغير
وفي الخانية ويبيع القاضي ما وهب للصغير حتى
لا يرجع الواهب في هبته وتتم ايضا بقبض ابيه
حال صغره او جده او وصي احدهما اي بقبض وصي
الاب او وصي الجد الصحيح سواء كان الصغير في حجرهم
او لا لان لهم الولاية على اليتيم اما الاب فظاهر واما
غيره من الجد او الوصي فلقيامهم مقام الاب او بقبض
امه ان كان الطفل في حجرها لما مر وفي الخلاصة
ويباح للوالدين ان ياكلا من الماكول الموهوب
للصغير فافاد ان غير الماكول لا يباح لهما الا عند
الاحتياج واشار الى ان ما علم انه وهب للصغير
يكون ملكا له لما قالوا لو اتخذ الاب وليمة للختان فاهدى
الناس هدايا ووضعوا بين يدي الولد فان كانت
الهدية تصلح للصبي مثل ثياب الصبيان او شيء يستعمله
الصبيان فهي هدية للصبي والا ينظر ان كان من
اقرباء الاب او معارفه فهو للاب وان كان من اقربا

الام او معارفها فهو للام وسواكان المهدي يقول عند
الصبي هذا للصبي ام لا وهذا اذا لم يقل المهدي هذا له
اولها وكذا لو اتخذ الوليمة لزفاف بنته كما مر وفي
السراجية وينبغي ان يعدل بين اولاده في العطايا
والعدل عند ابي يوسف ان يعطيهم على السواء هو
المختار كما في الخلاصة وعند محمد يعطيهم على سبيل المواريث
وان كان بعض اولاده مشتغلا بالعلم دون الكسب
لا باس بان يفضله على غيره وعلى جواب المتاخرين
لا باس بان يعطي من اولاده من كان عالما متادبا
ولا يعطي منهم من كان فاسقا فاجرا او بقبض اجنبي
يربيه ويحجره لان له عليه يدا معتبرة حتى لا يتمكن
اجنبي اخر ان ينزعه من يده فيملك ما ينفعه في حقه
او تم بقبض زوج الطفلة لها اي للطفلة ولو وصلت
مع حضرة الاب لهما لزفاف بعد ان زفت الصغيرة
اليه في الصحيح لان الاب اقامه مقام نفسه في حفظها
وقبض الهبة منه ولو قبضه الاب ايضا صح لبقاء الولاية
له واشتراط الزفاف لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه
باعتبار انه يعولها فيكون ذلك بعد الزفاف فلا قبله اي
لا يصح قبض الزوج قبل الزفاف لانه لا يعولها قبله
ولا يشترط ان يكون ممن يجامع مثلها في الصحيح وصح هبة
اثنين لواحد دارا لانهما سلماها جملة وقبضت جملة فلا
شيوع وفيه اشعار بان هبة الاثنين للاثنين
لا يجوز لا عكسه اي لا تصح هبة الواحد للاثنين عند
الامام وزفر لان هذه هبة النصف من كل واحد
فتثبت الشيوع والقبض في المشاع لا يتحقق بخلاف

الرهن

الرهن لان حكم الحبس بالدين وهو ثابت لكل واحد منهما
بكماله وقال يعقوب باشا رجل وهب من رجلين شيا
يحتمل القسمة فالهبة فاسدة وليست بباطلة عند
الامام فاذا قبضاه ثبت لهما الملك على قوله وبه يفتى
كما في الذخيرة ويعلم من هذا ان المراد من عدم الصحة
الفساد لا البطلان كما لا يخفى فليتامل انتهى خلافا
لهما لان عندهما تصح نظرا الى انه عقد واحد فلا
شيوع كما اذا رهن من رجلين وفي السراجية وهب
من رجلين درهما صحيحا يجوز وعليه الفتوى لانه هبة
مشاع لا ينقسم وانما قيد بالصحيح لان المكسور في حكم
العروض فيكون مما ينقسم فلا تصح هبة للرجلين لـ
للشيوع وصح تصدق عشرة دراهم على فقيرين وهبتها
اي هبة عشرة دراهم لهما اي لفقيرين ولا تصحان اي
لا تصح التصدق بعشرة ولا هبتها لغنيين هذا رواية
الجامع الصغير جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر حيث
جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين
هبة وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم حتى اجاز
الصدقة على اثنين فلم يجز الهبة والجامع بينهما ان كلا منهما
تمليك بلا عوض كما في زبدة الاستعارة والفرق ان
الصدقة يبتغى بها وجه الله وهو واحد والفقير نايب
عنه ولا كذلك الهبة فيكون تمليكا من اثنين ولهذا لو
اوصى ثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها
وقعت لله وهو معلوم ولو اوصى به للاغنياء غير
معينين لا يجوز وفي الاصل سوى بينهما فوجب ان
يمنع في البابين فكان في المسالة روايتان وقيل

المراد بالصدقة المذكورة في الاصل الصدقة على غنيين
فلا مخالفة بين الروايتين وهذا كله على قول الامام خلافا
لهما فان عندهما الهبة من كل شخص جائزة فالصدقة
اولى

باب الرجوع فيها اي في الهبة

قد ذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم
فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج الى
ذكره فعقد هذا الباب لبيانه يصح الرجوع فيها اي في الهبة
بعد القبض ولو مع اسقاط حقه من الرجوع بان قال
اسقطت حقي من الرجوع كلا او بعضا فلم يمنع مانع من
الموانع الآتية وعند الائمة الثلاثة لا يصح الرجوع في
الهبة الا للوالد فيما وهبه لولده لقوله عليه السلام
لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يعطي لولده
والعائد في هبته كالكلب يعود في قيئه وفي رواية لا يحل
لواهب ان يرجع في هبته ولنا قوله عليه السلام
الواهب احق بهبته ما لم يثب عنها اي ما لم يعوض والمراد
به بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبله فلهذا
قيدنا بعد القبض وتاويل ما رووه ان الواهب لا
يستبد بالرجوع من غير تراض ولا حكم حاكم الا الوالد فان
له ان ياخذه من ابنه عند الحاجة من غير رضا ولا قضاء
كسائر اموال ابنه ويكره اي الرجوع تحريما لان الامام
الزاهدي قد وصف الرجوع بالقبح وكذا الحدادي وكثير من
الشارحين ولا يقال للمكروه تنزيها قبيح لانه من قبيل
المباح او قريب منه كما في المنح ويمنع منه اي من الرجوع
حروف دمع خزقه اخذ من بيت شعر قيل فيه وهو قوله
ومانع من الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه

وفي خزانة

وفي خزانة الفقه اثنى عشر ينقطع به حق الرجوع اذا كان
الموهوب له ذا رحم محرم منه او كانت زوجته او كان
زوجها او كان اجنبيا فعوضه وقال خذ هذا عوضا عن
هبتك او بدلا عنها او جزاء عنها او مكافاة عنها او في
مقابلتها او مات احدهما او خرج عن ملكه او ازداد فيها
زيادة متصلة بان كان عبدا صغيرا فكبر او كان مهزولا
فسمن او كانت ارضا فبنى فيها او كان ثوبا فخاطه او صبغه
صبغا يزيد في غيره بان كان حنطة فطحنها او دقيقا
فخبزه او سويقا فلته بسمن او كان لبنا فاتخذ جبنا
او سمنا او اقطا او كانت جارية فعلمها القرآن والكتابة
والمشط تسعة اشياء لا ينقطع به حق الرجوع اذا ازداد
قيمته او ولدت الموهوبة يرجع في الام دون الولد
او اثمرت الشجرة يرجع في الشجر دون الثمر او كان ثوبا
فقطعه ولم يخطه او كان دارا فانهدم شيء منها او وهب
لبنيه او في مرضه لورثته ثم مات الواهب عقبه
فلورثته الرجوع فيها او وهب لاخيه ولاجنبي عبدا يرجع
في نصيب الاجنبي اذا استحق العوض يرجع في الهبة او استحق
الهبة يرجع في العوض انتهى ثم شرع ان يبين ذلك بالتفاصيل
التفصيلية بقوله فالدال من هذه الحروف التي زيادة
المتصلة بالموهوب كالبناء على الارض اذا كان يوجب
زيادة في الارض وان كان لا يوجب لا يمنع الرجوع وان
كان يوجب في قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث
لا يعد مثله زيادة وفي السراجية اذا وهب ارضا
فبنى الموهوب فيها بناء بطل الرجوع ولو زال عاد حق
الرجوع والغرس وفي المنح رجل وهب لرجل ارضا بيضا

فيها كلها امتنع من تلك القطعة دون غيرها كما في التبيين

انبت في ناحية منها نخلا او بني فيها بيتا او دكانا كان ذلك زيادة
فيها وكيس لما ان يرجع في شيء منها وان لم تستمر زيادة كان
الموهوب هنا لا قيمة عند الموهوب له واحترز بالمتصلة
عن الزيادة المنفصلة وعن هذا قال لا المتصلة كالولد
والارش والعقر فانه يرجع في الاصل دون الزيادة قيد
بالزيادة لان النقصان كالحبل وقطع الثوب بفعل الموهوب
اولا غير مانع لما في التبيين من انه لا يرجع في الجارية
الموهوبة اذا ولدت حتى يستغني ولدها فاذا حبلت
ولم تلد فللواهب الرجوع فيها لانه نقصان انتهى لكن
يخالف ما في السراج من انه لو وهب له جارية فحبلت
في يد الموهوب له فاراد الرجوع فيها قبل انفصال الولد
لم يكن له ذلك لانها متصلة بزيادة لم تكن موهوبة
تتبع ثم المراد بالاتصال هو ان يكون في نفس الموهوب
شيء يوجب زيادة في القيمة كما في المذكور في المتن
وكالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك ولو ان زاد من
حيث السعر فله الرجوع لانه لا زيادة في العين وكذا اذا
زاد في نفسه من غير ان يزيد في القيمة كما اذا طال
الغلام الموهوب لانه نقصان في الحقيقة فلا يمنع
الرجوع ولو نقله من مكان الى مكان حتى اذا زادت
قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل عندهما ينقطع
الرجوع خلافا لابي يوسف ولو وهب عبدا كافرا فاسلم
في يد الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجناية خطأ ففداه
الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يسترد منه الفداء ولو علم
علم الموهوب له العبد القرآن او الكتابة او الصنعة
لم يمنع الرجوع لان هذه ليست زيادة في العين فاشبهت
الزيادة

ولم تلد بيان

او وهب عبدا حلال الدم فعفى ولي الجناية وهو في يد الموهوب له لا يرجع

كراس ٣٠

الزيادة في السعر لانه يتمكن من رد العقد كما في التبيين
وشرح الكنز للعيني وفي الخانية ولو علمه القرآن
والكتابة او القراءة او كان نبطيا اعجميا فعلمه الكلام او شيئا
من الحروف لا يرجع الواهب في هبته لحدوث الزيادة في
العين انتهى هذا يخالف ما في التبيين كما في المنح وفيه
كلام لان صاحب التبيين اشار الى ما في الخانية
فتأمل ويروى الخلاف في العكس تدبر ولو ان مريضا وهب
جارية لرجل فوطئها الموهوب له ثم مات الواهب وعليه
دين مستغرق ترد الهبة ويجب على الموهوب له العقر
هو المختار والميم موت احد العاقدين اما موت الموهوب
له فلخروج الموهوب عن ملكه وانتقاله الى وارثه واما
موت الواهب فلتعذر الرجوع عن الوارث ليس بواهب
والنص في حق الواهب هذا اذا كان بعد التسليم لانه
قبل التسليم بطلت لعدم الملك ورجوع المستأمن الى دار
الحرب بعد الهبة قبل القبض مبطل لها كالموت فان كان
الحربي اذن للمسلم في قبضه وقبضه بعد رجوعه الى دار
الحرب جاز استحسانا والعين العوض المضاف اليها اي الى
الهبة اذا قبض الواهب العوض وفسر بقوله نحو خذ
هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها اي عن هبتك او خذه
في مقابلتها اي مقابلة الهبة لان الشرط في كونه
عوضا ان يذكر لفظا يعلم الواهب انه عوض ولو وصلية
كان التعويض من اجنبي اي جاز العوض من اجنبي و
وسقط حق الواهب في الرجوع في الهبة اذا قبض
العوض من الاجنبي لان العوض لاسقاط الحق فيصح
من الاجنبي كبدل الخلع ولو كان التعويض بغير

٥٥

اذن الموهوب له ولا رجوع للمعوض على موهوب له ولو كان
شريكه سوا كان باذنه او لا لان التعويض ليس بواجب
عليه فصار كما لو امره ان يتبرع الانسان الا اذا قال
عني اي ضامن فلو لم يضف اي لم يقل الموهوب له خذ
عوض هبتك يكون فعله هبة مبتداة لا تعويضا ~
فليشترط فيه ما يشترط في الهبة من القبض فلكل واحد
منهما ان يرجع فيما وهب وفي المبسوط هذا سوا كانت
الهبة شيا قليلا او كثيرا وسوا كان العوض من جنسها
او من غير جنسها لانها ليست عقد معاوضة محضة حتى يتحقق
فيها الربا وانما هي لقطع الرجوع والخا الخروج اي خروج
عين الموهوبة عن ملك الموهوب له بسبب من اسباب
الملك كالبيع والهبة فان تبدل الملك كتبدل العين فلو
ضحى بالشاة الموهوبة او نذر التصدق بها وصارت
لحما لا يمنع الرجوع عند الطرفين خلافا لابي يوسف
والزا الزوجية اي الزوجية مانعة من الرجوع لان
المقصود فيها الصلة اي الاحسان كما في القرابة ووقت
الهبة قيد اي للواهب الرجوع لو وهب ثم نكح لانتفا
لم تكن زوجته وقت الهبة لا يرجع لو وهبها ثم ابانها
لوجود الزوجية المانعة وقت الهبة والقاف القرابة
لان المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل وفي الرجوع
قطيعة الرحم فلا يرجع سوا كان القريب مسلما او كافرا
ثم فسر القرابة بقوله فلا رجوع فيما وهب لذي رحم
محرم من الواهب وان وهب لمحرم بلا رحم كاخيه من
الرضاع وامهات النسا والربايب وازواج البنين
والبنات لا يمنع الرجوع وقيد بالمحرم لان الرحم بلا

محرم

محرم كابن عمه لا يمنع الرجوع ولو وهب لعبد اخيه او لاخيه
وهو عبد لاجنبي فانه يرجع فيهما عند الامام وقالا لا
يرجع في الاولى ويرجع في الثانية ولو كانا اي العبد
ومولاه ذا رحم محرم من الواهب فلا رجوع فيها اي
في الهبة للواهب اتفاقا على الاصح والها هلاك الموهوب
فانه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك اذ هو غير
مضمون عليه والقول فيه اي في الهلاك قول الموهوب
له لانه منكر لوجود الرد عليه فاشبه المودع وفي ~
الخلاصة لو قال الموهوب له هلكت فالقول قوله
ولا يمين عليه فان قال الواهب هي هذه حلف المنكر
انها ليست هذه كما يحلف الواهب ان الموهوب له ليس باخيه
اذا ادعى الاخ عليه ذلك كما في المنح وفي الزيادة قول
الواهب اي لو ادعى الموهوب له ازدياد ما في يديه زيادة
متصلة وانكرها الواهب فيكون القول له خلافا لزفر
ولو عوض الموهوب له فاستحق نصف الهبة يرجع
بنصف العوض لان نصف العوض عوض عن نصف
الهبة فلما لم يسلم له نصف الهبة يرجع بنصف العوض
كما في البيع وان استحق نصف العوض لا يرجع ~
الواهب بشي حتى يرد باقيه اي باقي العوض لان ~
العوض ليس ببدل حقيقة بدليل انه يجوز ان
يعوضه اقل من جنسه في المقدرات ولو كان معاوضة
لما جاز للربا وانما اعطاه ليسقط حقه في الرجوع كما مر
انفا الا انه لم يرض بسقوط حقه الا لسلامة كل ~
العوض فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شا رضي
بما بقي من العوض وان شا رد الباقي ويرجع في

الهبة خلافا لزفر اذ عنده يرجع بالنصف اعتبارا بالموهوب
فان استحق الكل رجع بالكل فيهما اي لو استحق كل الهبة
كان للموهوب له ان يرجع في جميع العوض ان كان
قايما وبمثله ان هالكا وهو مثلي وبقيمته ان قيميا ولو
استحق كل العوض حيث يرجع في كل الهبة ان كانت
قايمة لا ان هالكة ويشترط ان لا تزداد العين الموهوبة
فلو استحق العوض وهلكا وقد ازدادت الهبة لم يرجع
كما في الخلاصة ولو عوض عن نصفها اي الهبة فله
اي للواهب ان يرجع بما لم يعوض لان المانع قد خص
النصف غاية ما فيه انه يلزم منه الشيوع في الهبة
لكنه طارئ فلا يضره وفي المنح نقلا عن المجتبى ان
العوض المانع من الرجوع هو المشروط في عقد الهبة
اما اذا عوضه بعده فلا ولم ار من صرح به غيره
وفروع المذهب في هذا الباب مطلقة عن هذه
الشرط منها ما تقدم من انه فيق الحنطة يصلح عوضا
ومن انه لو عوضه ولدا صحا ربيتين موهوبتين
وجد بعد الهبة فانه يمتنع الرجوع كما مر فتنبه
فلينظر ثم ولو اخرج نصفها اي نصف الهبة عن ملكه
اي الموهوب له فله اي للواهب ان يرجع بما لم يخرج
عن ملكه لان المانع من الرجوع وهو الخروج عن ملكه
لم يوجد الا في النصف فيتقيد الامتناع بقدره ولان
له الرجوع في كل الهبة ففي النصف اولى ان يرجع
اذا لم يعوض ولا يصح الرجوع على الهبة الا بتراضي من
الطرفين او بحكم الحاكم بالرجوع لو لا بينة على العامة
ولو لا ينهي على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اذ في
حصول

حصول المقصود وعدمه خفاء لان من الجائز ان يكون
المراد الثواب والتحبب وعلى هذا لا يرجع لحصول المرام
ومن الجائز ان يكون المراد العوض فعلى هذا يرجع
فلا بد من الالزام والقضا وعند الايمة الثلاثة
يصح بدونهما ثم فرعه بقوله فلو اعتق الموهوب له
العبد الموهوب بعد الرجوع قبل القضا والتسليم نفذ
اعتاقه لانه لا يخرج عن ملك الموهوب له الا بالقضا
والرضا فصح اعتاقه قبلهما او لو منعه اي منع الموهوب
له الموهوب عن الواهب بعد ان رجع قبل القضا
او بعده فهلك الموهوب في يد الموهوب له لا يضمن
لان يده عن المضمونة الا اذا طلبه بعد القضا فمنعه
مع القدرة على التسليم فحينئذ تكون يده يد ضمان
لمنعه بعد طلبه فظهر الفرق بين المنع بعد الرجوع
وبين المنع بعد الطلب وهو اي الرجوع مع احدهما
اي مع التراضي او قضا القاضي فسخ لعقد الهبة من
الاصل واعادة للملك القديم لا هبة من الموهوب له
وعند زفر الرجوع بالتراضي عقد جديد فيجعل بمنزلة
الهبة المبتداة ولنا ان عقد الهبة وقع جايزا موجبا
لحق الفسخ فاذا رجع الواهب كان مستوفيا لحق
ثابت له بالعقد ووقع عن لازم لا ابتدا العقد جديد
ثم فرعه بقوله فلا يشترط قبضه اي الواهب لان
القبض انما يعتمد في انتقال الملك لا في عوده الى
الملك القديم وصح الرجوع في المشاع القابل للقسمة
بان وهب دارا ورجع في نصفها ولو كان هبة
مبتداة لما صح في المشاع القابل للقسمة وان تكف

الموهوب عند الموهوب له فاستحق مستحق فضمن
الموهوب له قيمته للمستحق لا يرجع على واهبه بما ضمن لان
العقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق فيه
السلامة فيه ولا يثبت به الغرور بخلاف الوديعة
لان المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لان
عقد المعاوضة يقتضي السلامة والاعارة
كالهبة هنا كما في التنوير والهبة بشرط العوض
هبة ابتداء اي في ابتداء العقد فشرط القبض
في العوضين لان القبض شرط في الهبة لما مر
وكل واحد منهما واهب من وجه ومنعها اي
الهبة الشيوع فيما يحتمل القسمة في احدهما اي في
احد العوضين لما مر ان هبة المشاع لا تصح بيع
انتهاء اي في انتهاء العقد بعد التقابض فتثبت
الشفعة اذا كان عقارا كما مر وخيار العيب
والشرط والرؤية في كل واحد منهما والفاء في قوله
وشرط وفي قوله فتثبت نتيجة ما قبلها من
الكلام وعند زفر والائمة الثلاثة بيع مطلقا
اي ابتداء وانتهاء لانها تمليك ببدل من الابتداء
فكان بيعا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع
بينهما ما امكن عملا بالشبهين فيكون ابتداء
معتبرا بلفظه فيجري فيه احكام الهبة وانتهاء
معتبرا بمعناه فيجري فيه احكام البيع ولا
منافاة بين الحكمين لان الهبة من حكمها تأخر
الملك الى القبض ومن حكم البيع اللزوم وقد
تنقلب الهبة بالتعويض هذا اذا ذكره بكلمة

على

على بان يقول وهبتك ذا على ان تعوضني كذا اذ لو
قال وهبتك بكذا فهو بيع اجماعا كما في الحقائق
والغاية وظاهره انه بيع ابتداء وانتهاء كما في البحر
وفيه اشعار بانه اذا كان حرف الشرط كلمة ان
بان يقول وهبتك كذا ان كان كذا ينبغي ان تكون
الهبة باطلة كالبيع

فصل

في بيان احكام
مسائل متفرقة ومن وهب امة الا حملها او وهبها
على شرط ان يردها اي يرد الموهوب له الامة
عليه اي على الواهب او على ان يعتقها او على ان
يستولدها اي يتخذ الامة ام ولد صحت الهبة
في الصور كلها وبطل الاستثناء لانه لا يعمل الا في محل
يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل قصدا لان
ما في البطن ليس بمال ولا يعلم وجوده حقيقة
فتصح فيهما وفي الجنس لا يجوز لانه جزء منها فلا
يكون استثناؤه بخلاف الوصية لان افراد
الحمل بالوصية جائز وكذا استثناؤه وبطل
الشرط في الصور الباقية لكونه مخالفا مقتضى
العقد والتمليك فيكون فاسدا والهبة لا تبطل
بالشروط الفاسدة كما مر وكذا تصح
الهبة ويبطل الشرط لو وهب دارا على ان يرد
الموهوب له عليه اي على الواهب بعضها اي الدار
او على ان يعوضه شيئا منها اي من الدار واعترض
الزيلعي تبعا لصاحب النهاية على قولهم او يعوضه
شيئا منها بان المراد به اما الهبة بشرط العوض
فهي والشرط جائز اذ فلا يستقيم قوله ويبطل

الشرط وان اراد ان يعوضه منها شيئا من العين الموهوبة
فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد شيئا منها انتهى
واجاب صاحب الدرر بانه يختار الشق الاول وقوله
فهي في الشرط جائزة ان ممنوع وانما يجوز اذا كان العوض
معلوما كما عرفت من المباحث السابقة وصرح به
بعض شراح الهداية وكذا الحال في الصدقة انتهى لكن ان
ما جعل مبنى الجواب من كون العوض المجهول شرطا
فاسدا انما قرر في ثانية في مسئلة هبة الارض
بشرط اتفاق ما يخرج منها على الواهب لكنه مخالف لما
قال التمرتاشي من انه لو وهب بشرط العوض ولم يسم
العوض جاز لان الهبة تقتضي عوضا مجهولا وقد
اجاب بعض الفضلاء بانا نختار الشق الثاني ولا
تكرار لان في عبارة العوض مظنة الصحة كما لا يخفى
لكن الاولى ما في شرح الكنز للعيني من انه لا يلزم
التكرار اصلا لان قوله على ان يرد عليه شيئا منها
لا يستلزم ان يكون عوضا لان كونه عوضا انما
هو بالفاظ مخصوصة فيجوز ان يكون ردا ولا يكون
عوضا لعدم الاستلزام واما قوله او يعوضه شيئا منها
فصريح بالعوض ولا شك انهما متغايران ولو دبر الحمل
ثم وهبها اي الامة فالهبة باطلة لان المدبر يبقى على
ملك الواهب الى موته فصار كهبة المشاع بخلاف
ما لو اعتقه اي الحمل ثم وهبها اي الامة فانه يجوز
العتق في الولد والهبة في الامة لان الجنين لم يبق
على ملك الواهب فلم يشغل الامة عن حضانة الولد
ومن قال لمديونه اذا جاء غد فالدين لك او قال انت

قوله
فهو تكرار محض قال الزيلعي
رحمه الله لا تكرار فيه لان الاول رجعة
بشرط الفسخ لان الرد
الرجوع والثاني هبة بشرط
يكون شئ منه عوضا عن نفسه
وقال قاضي الهداية رحمه الله يمكن
خطى فعلت قلت لا اشكال لانه
اراد لا فرق بين العبارتين في ان
كل واحد منهما لا يفسد العقد
عبر بعبارة او بعبارة الا اغلط
وقال صاحب العناية ولا يتوهم
التكرار في قوله على ان يرد عليه
شيئا منها او يعوضه لان الرد
عليه لا يستلزم كونه عوضا فان
كونه عوضا انما هو بالفاظ تعلم
ذكرها انتهى وتعقبه شارح
ملتقى الابحر البهنسي بعد نقله
جواب صاحب الدرر والغرر
واعتراضه عليه فنقلت ذلك من
هامش نسخة الزيلعي لبعض الفضلاء

برئ

برئ منه اي من الدين او قال اذا اديت الي نصفه اي
الدين فالباقي اي النصف الاخر لك او قال ان
اديت الي نصفه فانت برئ منه اي من النصف الباقي
فهو باطل لان الابرا تمليك من وجه واسقاط من وجه
ولهذا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط
يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق
والعتاق وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط
فيبطل بخلاف قوله انت برئ من النصف على ان تؤدي
الي النصف لانه تقييد وليس بتعليق كما في التبيين
وغيره ولو قال لمديونه ان كان لي عليك دين ابراتك
عنه وله عليه دين صح الابرا لانه تعليق بشرط كائن
فيكون تنجيزا ولو قالت لزوجها المريض ان مت من
مرضك هذا فانت في حل من مهري او قالت مهري عليك
صدقة فهو باطل لان هذه مخاطرة وتعليق ولو قال
الطالب لمديونه اذا مت فانا برئ من الدين الذي لي
عليك جاز ويكون وصية من الطالب للمطلوب كما في
المنح والعمرى جائزة للمعمر بفتح الميم الثانية وهو الموهوب
له حال حياته ولورثته بعده اي بعد وفاته لقوله
عليه السلام من اعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته لان
المفهوم منه بطلان الشرط لانه قال عليه السلام
ولورثته كما بيناه في اول الكتاب ثم اشار الى تفسير
العمرى بقوله وهي ان يجعل داره مدة عمره فاذا مات ترد
الدار اليه اي الى الواهب بطل شرط الرد بعد الموت لما مر
والرقبى بضم الراء باطلة فان قبضها كانت عارية في يده
هذا عند الطرفين وعند ابي يوسف تصح كالعمرى لما روي

عن ابن عباس رضي الله عنهما انه عليه السلام قال العمرى
جائزة لمن اعمرها والرقبى جائزة لمن ارقبها وبه قال
الشافعي واحمد والجواب عنه انه ماخوذ من الارقاب
معناه رقبتي داري لك وذلك جائز لكن لما احتمل الامرين
لم تثبت الهبة بالشك فتكون عارية ثم اشار الى تفسيرها
بقوله وهي ان يقول ان مت قبلك فلك وان مت قبلي فلي
فيترقب كل واحد منهما موت صاحبه وفي التنوير بعث
الى امرأته متاعا وبعثت له ايضا ثم افترقا بعد الزفاف
وادعى انه عارية واراد الاسترداد وارادت الاسترداد
ايضا يسترد كل ما اعطى لها فقط وفي ظهير الدين من انه
رجل تزوج امرأة وبعث هدايا اليها وعوضت المهر
بالعقد اي عوضا للهبة فلو لم يكن له هبة لم يكن ذلك عوضا
وكان لكل واحد منهما ان يسترد والصدقة كالهبة
لانها تبرع مثلها فاذا كان كذلك لا تصح الصدقة بدون
القبض بل لا بد من كونها مقبوضة كالهبة ولا تصح في
مشاع يقسم اي يحتمل القسمة كسهم من الدار عند الامام
خلافا لهما على ما تقدم في الهبة ولا رجوع فيها اي
في الصدقة بعد القبض لان المقصود فيها هو
الثواب دون العوض ولو كانت الصدقة لغني استحسانا
لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب لكثرة
عياله وفي الخانية ولو اختلفا فقال الواهب كانت هبة
وقال الموهوب له صدقة فالقول للواهب وفي
العناية في هذا المحل كلام وفي حاشية المولى جواب
فليطالع ولا رجوع في الهبة للفقير لان المقصود الثواب
وقد حصل بخلاف الهبة للغني لانها قد تكون للعوض

دنيوي

فان قبضها كانت عارية في يده

دنيوي ولو قال جميع ما لي او ما املكه لفلان فهو هبة لان
مملوكه لا يصير لغيره الا بتمليكه وان قال ما ينسب الي
او يعرف بي لفلان فاقرار لانه لا يفهم منه التمليك وانما يفهم
منه انه ملك لفلان ولكنه منسوب الي بكونه في يدي
فيكون اقرارا وفي التنوير هبة الدين ممن عليه الدين
وابراؤه يتم من غير قبول وتمليك الدين من غير من عليه الدين
باطل الا اذا سلطه على قبضه وفي المنح نقلا عن جواهر
الفتاوى سئل عمن كتب قصة الى السلطان وسأل منه
تمليك ارض محدودة فامر السلطان بالتوقيع فكتب
كاتب السلطان على ظهر القصة اني جعلت الارض ملكا
له هل يصير الارض ملكا له ام يحتاج الى القبول من السلطان
في مجلس واحد فانه تمليك يحتاج الى القبول في المجلس
قال هذا هو الفتيا لكن لما تعذر الوصول اليه اقيم
السؤال بالقصة مقام حضوره فاذا امره بذلك واخذ منه
بالتوقيع يتملك

كتاب الاجارة

عقبه بالهبة ترقيا من الاعلى الى الادنى فان الاجارة
تمليك المنافع والهبة تمليك العين اقوى وهي في اللغة
اسم للاجرة وهي ما يستحق على عمل الخير وفي القهستاني
فانها وان كانت في الاصل مصدر اجر يأجر بالضم
اي صار اجيرا الا انها في الاغلب تستعمل بمعنى الايجار
اذ المصدر يقام بعضها مقام البعض فيقال اجرت اجارة
اي اكريتها ولم يجئ من فاعل بهذا المعنى على ما هو الحق كذا
في الرضي وقال بعض اهل العربية الاجارة فعالة من
المفاعلة واجر على وزن فاعل لا افعل لان الايجار
لم يجئ والمضارع يؤاجر واسم الفاعل المؤاجر وعن عين

الخليل آجرته زيدا مملوكي أو آجرته إيجارا وفي الاساس آجرني فهو
موجر ولم يقل مواجر فانه غلط ومستعمل في موضع قبيح وقد
جوز صاحب الكشاف في مقدمة الادب كون آجر الدار من
باب الافعال والمفاعلة وفي الاصطلاح هي اي الاجارة بيع
منفعة معلومة احتراز عن بيع عين جنسا وقدرا بعوض
مالي او نفع من غير جنس المعقود عليه كسكنى دار بركوب
دابة ولا يجوز بسكنى دار اخرى للربا معلوم قدرا وصفة
في غير العروض لان جهالتهما تفضي الى المنازعة دين اي مثلي
كالمكيل والموزون والعددي المتقارب او عين قيمي كالثياب
والدواب وغيرهما فخرج البيع والهبة والعارية فخرج
والنكاح فانه استباحة المنافع بعوض لا تمليكها وفي الدرر
هي تمليك نفع بعوض وانما عدل عن قولهم نفع معلوم بعوض
كذلك لانه ان كان تعريفا للاجارة الصحيحة لم يكن مانعا
لتناوله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الاصلي وان
كان تعريفا للاعم لم يكن تقييد النفع والعوض بالمعلومية
صحيحا وما اخترنا هاهنا تعريف للاعم انتهى لكن المصنف
قيد البدل ليس بالمعلومية فقد اخرج الاجارة الفاسدة
بالجهالة عن التعريف وتنبه ان المعتبر في الشرع هي الاجارة الغير
المفضية الى النزاع وجعل ذكر المعلوم توطية لقوله الاتي
والمنفعة تعلم تارة الى آخره تدبر والقياس يأبى جواز
عقد الاجارة لان المعقود عليه معدوم واضافة التمليك
الى ما سيوجد لا يصح لكنه جوز لحاجة الناس اليه وقد ثبت
جوازه بالكتاب والسنة وضرب من المعقول اما الكتاب
فقوله تعالى على ان تأجرني ثماني حجج وشريعة من
قبلنا لازمة ما لم يظهر نسخها واما السنة فقوله عليه
السلام

السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وقوله عليه السلام
اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه واما المعقول فلان
بالناس حاجة اليه ولا مفسدة فيه وينعقد ساعة
فساعة على حسب حدوث المنفعة وفي البحر والمراد من
انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب
حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة
لا ارتباط الايجاب والقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام
مشايخنا يوهم ذلك والحكم تأخر عن زمان انعقاد العلة
الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل للتراخي
كما في البيع بشرط الخيار وتمامه فيه فليطالع وبهذا
يندفع اعتراض المولى سعدي على الهداية بانه لا بد
ان يتأمل في هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط العقود
بالايجاب فاذا حصل الارتباط باقامة الدار مقام
المنفعة يتحقق الانعقاد فاي معنى الانعقاد ساعة
فساعة بعد ذلك تدبر ومن محاسن الاجارة دفع الحاجة
بقليل من البدل فان كل احد لا يقدر على دار يسكنها
بتحمل ثمنها وابل يحمل اثقاله الى بلد لم يكن يبلغه الا
بشق النفس سببها تعلق البقاء المقدر وشرطها معلومية
البدلين وركنها الايجاب والقبول باللفظين ماضيين
من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة مثل آجرت ~
بيوت الدار شهرا بكذا او وهبتك منافعها وتنعقد ~
بالتعاطي كالبيع وشرطها ما تقدم من كون الاجرة والمنفعة
معلومتين وحكمها وقوع الملك في البدلين ساعة
فساعة تماما وما صلح ثمنا في البيع صلح اجرة في الاجارة
لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما دة

ثمنا في

من الثمن ما كان بدلا عن شيء فدخل فيه الاعيان فان العين
يصلح بدلا في المقايضة فتصلح اجرة وفيه اشارة الى انه
لو كانت الاجرة دراهم انصرفت الى غالب نقد البلد فان
كانت النقدية مختلفة فالاجارة فاسدة ما لم يبين نقدا
منها فان بين جاز واليه اشار لو كانت كيليا او وزنيا او
عدديا متقاربا فالشرط فيه بيان القدر والصفة وقوله
وما صلح ثمنا صح اجرة لا ينافي العكس حتى صح اجرة ما لا يصح
ثمنا كالمنفعة فانها لا تصح ثمنا وتصلح اجرة اذا كانت
مختلفة الجنس كاستيجار سكنى الدار بزراعة الارض
وان اتحد جنسهما لا وتفسد الاجارة بالشروط كالبيع
ويثبت فيها اي في الاجارة خيار الشرط كما يثبت في
البيع وخيار الرؤية خلافا للشافعي فيهما وخيار
العيب سواء كان حاصلا قبل العقد او بعده وتقال
الاجارة وتفسخ كما في البيع كما سيأتي لما ذكر في التعريف
معلومية المنفعة اي بما به تكون معلومة فقال احتاج
والمنفعة تعلم تارة ببيان المدة كالسكنى اي كاجارة
الدار للسكنى والزراعة اي كاجارة الارض للزراعة
فتصح اي اجارتهما مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة
اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما
اذا كانت المنفعة لا تتفاوت فافاد انها تجوز
ولو كانت المدة لا يعيش احد العاقدين الى مثلها
عادة واختاره الخصاف لان العبرة للفظ وانه يقتضي
التوقيت كما لو تزوج امرأة الى مائة سنة فانه توقيت
فتكون متعة وعند بعضهم لا لان الغالب كالمتيقن
في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى
والتأبيد

والتأبيد يبطلها فاما انه تجوز مضافا كما لو قال
اجرتك هذه الدار غدا وللموجر بيعها اليوم وتنتقض
الاجارة كما في الخلاصة وفي الخانية ولو كانت الاجارة
الى الغد ثم باع من غيره فيه روايتان في رواية ليس
للآجر ان يبيع فيتم الى الوقت وفي رواية جاز
والفتوى على انه يجوز البيع وتبطل الاجارة
المضافة وهو اختيار شمس الائمة الحلواني وتمامه في
المنح فليطالع وعند الشافعي في احد قوليه لا يجوز
اكثر من سنة وفي الوقف يتبع شرط الواقف لانه كنص
الشارع في وجوب الاتباع فان لم يشترط الواقف في
اجارته مدة بل سكت عنه فالفتوى ان لا يزاد في اجارة
الاراضي على ثلاث سنين وفي اجارة غيرها اي غير
الاراضي ان لا يزاد على سنة واحدة كيلا يدعي
المستاجر ملكه وهو المختار كما في الهداية وقد افتى
الصدر الشهيد بعدم الزيادة على ثلاث في الضياع
وعلى سنة في غيرها الا اذا كانت المصلحة في غيره
وفي المحيط وهو المختار للفتوى فلو اجرها المتولي اكثر
مما ذكر لم تصح وقيل تصح وتفسخ هذه المسئلة وما قبلها
ذكرت في الوقف لما الفائدة في تكرارها والحيلة في
في الزيادة ان يعقد عقودا متفرقة كل عقد على سنة نسخة بكذا
ويكتب في الكتاب ان فلان بن فلان استاجر الوقف
كذا وكذا فيكون العقد الاول لازما والثاني غير
لازم لانه مضاف فللمتولي ان يفسخ الاجارة في
العقود الغير اللازمة اذا خاف بطلان الوقف لمدة
مذكورة بخلاف ما اذا كانت الاجارة طويلة بعقد

واحد كما في الخانية وغيرها فعلى هذا يندفع اعتراض صدر
الشريعة من ان علة عدم الجواز اذا كانت هذا المعنى
اي دعوى الملك بمرور الزمان لا تصح الاجارة الطويلة بعقود
مختلفة كما يجوزها البعض كما ورد الله عليهم انتهى وذكر صدر
الاسلام ان الحيلة في الزيادة ان يرفع الى الحاكم حتى
يحكم واعلم ان اجارة الوقف لا تجوز الا باجرة المثل
او اكثر فلو اجر الناظر بدون اجرة المثل لا تصح الاجارة
ويلزم المستاجر تمام اجر المثل وفي البحر متولي ارض الوقف
اجرها بغير اجر المثل يلزم مستاجرها تمام اجر المثل عند
بعض علمائنا وعليه الفتوى قيل ان استاجر دار
الوقف بمدة طويلة ان كان السعر بحالها حيث لم يزد
ولم ينقص يجوز وان غلا اجر مثلها يفسخ العقد ويجدد
ثانيا وكذا ان استاجرها سنة فغلا السعر بعد مضي نصف
السنة يفسخ العقد ويجب المسمى ويجدد ثانيا فيما بقي
بخلاف الكرم المستاجر ليأكل ثمره تمضي راس السنة والمنفعة
تارة تعلم بذكر العمل كصبغ الثوب وخياطته اي خياطة
الثوب وفيه اشارة الى انه لا بد ان يعين الثوب
الذي يصبغ ولون الصبغ بانه احمر ونحوه وقدر الصبغ
اذا كان مما يختلف ويبين الخياطة والمخيط وحمل قدر
معلوم على دابة مسافة معلومة وفي البحر استيجار
الدابة للركوب لا بد فيه من بيان الوقت او الموضع
حتى لو خلا عنهما فهي فاسدة وبه يعلم فساد اجارة
دواب العلافين الواقعة في زماننا لعدم بيان الوقت
والموضع والمنفعة تارة تعلم بالاشارة كنقل هذا الطعام
مثلا الى موضع كذا لانه اذا عرف ما ينقله مع موضع ينتهي

اليه

اليه صار معلوما والاجرة اي في الاجارة لا تستحق بالعقد
اي بنفس العقد فلا يجب تسليمها عينا كان او دينا عندنا
لان حكم العقد يظهر عند وجود المنفعة وهي معدومة
عند العقد وان يقام العين مقام المنفعة في حق
اضافة العقد الى المنفعة كما يقام السفر مقام المشقة
فيجب الاجرة موجلا موقتا على تحقق احد الامور الاتي
ذكرها وعند هذا افاد بل تستحق بالتعجيل او بشرطه
اي بشرط التعجيل لان امتناع الملك بنفس العقد
لتحقق المساواة فاذا عجل او شرط التعجيل فقد ابطل
المساواة التي هي حقه بخلاف الاجارة المضافة بشرط
تعجيل الاجرة فان الشرط باطل لامتناع ثبوت الملك
من البدل للتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل
والمضاف الى وقت لا يكون موجودا قبله ولا يتغير
هذا المعنى او باستيفاء المعقود عليه لتحقق المساواة
بينهما اذ العقد عقد معاوضة او التمكن منه اي من
استيفاء النفع اقامة للتمكن من الشيء مقام ذلك الشيء هذا
اذا كانت الاجارة صحيحة فاما اذا كانت فاسدة لا يجب
شيء بمجرد التمكن من استيفاء المنفعة الا بحقيقة الانتفاع
ثم فرع على هذا بقوله فيجب الاجرة لو قبض المستاجر
الدار ولم يسكنها اي الدار حتى مضت المدة لان
تسليم نفس المنفعة لما لم يكن اقيم تسليم محلها مقامها
اذ التمكن من الانتفاع يثبت به وفي النوازل اذا استاجر
دابة الى مكة فلم يركبها ان كان بغير علة في الدابة
فعليه الاجر وان كان لعلة فيها فلا اجر وتسقط الاجرة
بالغصب لوجود فوت التمكن يعني اذا غصب الدار المستاجرة

غاصب من يد المستاجر في جميع المدة سقطت الاجرة وان كان
غصب في بعضها سقطت بقدره ذكره واشار بقوله سقط
الاجر الي ان العقد ينفسخ بالغصب كما في الهداية خلافا
لقاضيخان فانه قال لا ينفسخ واطلاقه شامل للعقار
وغيره ومراده من الغصب منه الحيلولة بين المستاجر
والعين لا حقيقته اذ الغصب لا يجري في العقار عندنا
قال صاحب المنح ولو انكر الموجر الغصب وادعاه المستاجر
ولا بينة له علي دعواه فان كان المستاجر هو الساكن في
الدار حال المنازعة فالقول للموجر وان كان فيها غير
المستاجر فالقول للمستاجر والاجر عليه كمسئلة الطاحونة
وفي تنويره ولو سلم اي لو سلم الآجر المستاجر العين
الموجودة بعد مضي بعض المدة فليس لاحدهما
الامتناع من ذلك اذا لم يكن في مدة الاجارة وقت
يرغب في العين الموجرة لاجل ذلك الوقت فان كان
فيه وقت كذلك اي يرغب فيه في وقت معين دون
وقت كما في بيوت مكة ومنى حين فله قبض الباقي وفي
السراجية وغيرها اذا اسكن دارا معدة للغلة او زرع
ارضا معدة للاستغلال من غير اجارة تجب الاجرة وعليه
الفتوي ولرب الدار او الارض طلب الاجرة لكل يوم
ولرب الدابة بكل مرحلة لان العقد في حق المنفعة
ينعقد شيئا فشيئا وكان ينبغي ان يجب تسليمه ولو
خطوة او سكنى ساعة الا انا استحسانا قدرنا بيوم
ومرحلة لان ذا يفضي الي الحرج الا اذا بين وقت
الطلب عند العقد فيتوقف الموجر الي ذلك الوقت
لكونه بمنزلة التاجيل وقال زفر ليس له ذلك الا بعد
انقضا

انقضا المدة وانتها السفر كما قال الامام اولا وللقصار
والخياط بعد الفراغ من عمله اذ قبله لا ينقسم بالبعض
فلا استحقاق للاجر وان عمل في بيت المستاجر
علي ما في الهداية والتجريد وفي المبسوط والذخيرة وقاضي
خان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية اذا خاط البعض
في بيت المستاجر يجب الاجر له بحسابه كما اذا سرق
الثوب في بيت المستاجر يجب الاجر له بحسابه حتى اذا سرق
يستحق الاجر بحسابه واستشهد في الاصل بما لو استاجر
انسانا ليبني له حائطا فبني بعضه ثم انهدم فله اجر ما بني
وفي التنوير ثوب خاطه الخياط باجر ففتقه رجل قبل ان
يقبضه رب الثوب فله اجره ولا يجبر علي الاعادة وان
كان الخياط هو الفاتق للثوب يجبر علي الاعادة كان لم
يعمل وللخباز طلب الاجر بعد اخراج الخبز من التنور لان
تمام العمل بالاخراج وفي اطلاقه اشارة الي انه يستحق
الاجر باخراج البعض بقدره لان العمل في ذلك القدر
صار مسلما الي صاحب الدقيق فان احترق الخبز قبل
الاخراج من التنور سقط الاجر سواء كان في بيت
المستاجر او في بيت الاجير لانه هلك قبل التسليم فعليه
الضمان في قول اصحابنا جميعا لان هذا جناية يده
بتقصيره في القلع من التنور فان ضمن قيمته مخبوزا
اعطاه الاجر وان ضمنه دقيقا لم يكن له اجر كما في الغاية
وغيرها وبهذا ظهر لك ان قول الوقاية فان احترق
بعد ما اخرج فله الاجر وقبله لا ولا غرم فيهما وقول صدر
الشريعة اي في الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج
غير موافق للمنقول عن الائمة الفحول كما في الدرر

ولكن يمكن التوفيق بين كلام صاحب الوقاية وصاحب
الغاية بأن المراد بالاحتراق في الوقاية ما لا يكون
بصنعه وفي الغاية ما يكون بصنعه كما يدل عليه قوله
بالإجماع وأما ما قيل من أنه لا ضمان في الفصلين على الخباز
لأن الجناية غير واقعة منه فيهما هنا على ظاهر الرواية عن
الإمام كما قيل في الهداية لأنه لم توجد منه الخيانة فصاحب
الوقاية أيضا وما اختاره صاحب الهداية فليس ببعيد
لأن قول صاحب الهداية لا ضمان عليه متعلق بقوله
فإن اخرجه ثم احترق من غير فعله فقط لا فيما إذا احترق
قبله تتبع وعن هذا قال وإن احترق من غير فعله بعده
أي بعد الإخراج فلا يسقط أن كان يخبز في بيت المستأجر
لأنه بمجرد الإخراج صار مسلما إليه في منزل المستأجر
فاستحق الأجر بوضعه فيه وفيه إشارة بأن كان يخبز
في منزل نفسه لا يستحق الأجر بالإخراج بل بالتسليم
الحقيقي ولا ضمان عنده الإمام وقالا إن شاء المستأجر
ضمنه مثل دقيقه ولا أجر وإن شاء ضمنه الخبز وله الأجر
ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح وفي النهاية هذا الذي
ذكر من الاختلاف اختيار القدوري وأما عند غيره فهو
جري على عمومه فإنه لا ضمان بالاتفاق أما عند الإمام
فلأنه لم يهلك من عمله وأما قولهما فلأنه هلك بعد التسليم
وقال القدوري يضمن عندهما إشارة دقيقة لأنه مضمون
عليه فلا يبرأ إلا بحقيقة التسليم وللطباخ للوليمة
طلب الأجر بعد الغرف أي بعد وضع الطعام في القصاع
اعتبارا للعرف ولذا قيد بالوليمة لأنه لو كان لأهل
بيته فلا غرف عليه كما في الجوهرة فإن أفسده الطباخ
أو احرقه

أو احرقه ولم ينضجه فهو ضامن للطعام وإذا دخل الخباز أو الطباخ
بنار ليخبز بها أو يطبخ بها فوقعت منه شرارة فاحترق بها
البيت فلا ضمان عليه ولضارب اللبن على وزن الكتف أي للذي
يتخذ اللبن من الطين طلبه الأجر بعد إقامته أي بإقامة اللبن
عن محله عند الإمام حتى لو فسد بالمطر قبلها فلا أجر له وكذا لا بعد
تشريجه وهو جعل بعضه على بعض حتى لو فسد بعد الإقامة قبل
النقل فلا أجر له إذ لا يؤمن الفساد قبله وله أن الفراغ هو الإقامة
والتشريج عمل زائد كالنقل إلى موضع العادة بخلاف ما قبل الإقامة
لأنه طين منتشر هذا إذا لبن في أرض المستأجر وإن لبن في أرض
نفسه فلا يستحق حتى يسلمه وذلك بالعد بعد الإقامة عنده وعندهما
بالعد بعد التشريج قيل الفتوى على قولهما والعرف في ديارنا على
ما قاله الإمام ومن كان لعمله أثر في العين كصباغ يظهر لونا في
الثوب وقصار العقيص بالنشا والبيض هذا في ديار الشام ليظهر
البياض المستور وكذا الحكم قصار يقصر بالكم الصافي كما في ديارنا كما
في شرح الوقاية لابن الشيخ فله أي لمن ذكر حبسها أي العين للأجر
لأجل الأجر حتى يستوفيه وقال زفر ليس له ذلك لأن المعقود
عليه صار مسلما إلى صاحب العين باتصاله عليه فيسقط حق
الحبس به ولنا أن اتصال العمل بالمحل ضرورة إقامة العمل فلم يكن
راضيا بعد الاتصال من حيث أنه تسليم بل رضاه في تحقيق عمل
الصبغ ونحوه من الأثر في المحل إذ لا وجود للعمل إلا به وكان مضطرا
إليه والرضا لا يثبت إلا مع الاضطرار هنا إذا كان حالا أما إذا كان
مؤجلا فلا يملك حبسها وفي الخلاصة هذا إذا عمل في دكانه أما
إذا عمل في بيت المستأجر فليس له حق الحبس فإن حبسها للأجر فضاعت
العين بلا تعد منه فلا ضمان عليه لكونه أمانة في يده كما كان قبل الحبس
ولا أجر له إذا هلك المعقود عليه قبل التسليم هنا عند الإمام

وكذا ان شاء المالك ضمنه مصبوغا وله الاجر لان العمل صار مسلما اليه
تقديرا لوصول قيمته اليه فصار كما لو صار مسلما حقيقة او غير
مصبوغ ولا اجر لان العمل لم يصر مسلما اليه وعن لا اثر لعمله في
اي في العين كالحمال والملاح وغاسل الثوب لتخريقه اي لتنظيفه حبسها
اي العين لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض ولا له اثر يقوم
مقامه فلا يتصور حبسه فلو حبسها ضمن ضمان الغصب وصاحبها
بالخيار وان شاء ضمن المستاجر قيمتها محمولة وله الاجر وان شاء غير
محمولة ولا اجر بخلاف راد الابق فانه يحبسه على الجعل وان لم يكن
لعمله اثر لانه كان على شرف الزوال والهلاك فاحياه بالرد
فكأنه باعه فكان له حق الحبس فاذا اطلق للمستاجر العمل
للصانع فلم يقيده بعمله فله ان يستعمل الاجير غيره كما اذا امره ان
يخيط هذا الثوب بدرهم فاللازم عليه العمل سواء وفاه بنفسه
او باستعانة غيره كالمأمور بقضاء الدين وقوله على ان تعمل
الاطلاق لا لتقييد فله ان يستأجر غيره وان قيد بعمله بنفسه بان
قال لتخيط بيدك فلا اي فليس له ان يستعمل غيره ولو غلامه او اجيره
لان عمله يكون هو المعقود عليه والا فيض ومن استاجر رجلا
ليجيء بعياله من موضع فوجد بعضهم اي بعض العيال قد مات فاتى
بمن بقي من العيال فله اي الاجير اجره بحسابه لانه اوفى بعض
المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه ابو جعفر الهندواني
هذا اذا كان عياله معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وان
كانوا غير معلومين يجب الاجر كله كما في التبيين وفي هذا لو قيده اللهم
بقوله لو كانوا معلومين والا فكله لكان اولى وفي الخلاصة فان لم
يكونوا معلومين فالاجارة فاسدة وان استوجر لايصال الطعام الى
زيد فوجده ميتا او لم يجده فرده اي الطعام فلا اجر له لانه نقض
المعقود عليه وهو حمل الطعام وايصاله اليه وقال زفر له الاجر لانه

بمقابلة

بمقابلة الحمل الى البصرة وقد وفى به وجنى في رده فلا يسقط بجنايته
حقه من اجرته وكذا لو استاجر لايصال كتاب اليه اي الى زيد فرده
اي الكتاب لموته اي زيد او غيبته اي فلا شيء له عند الشيخين وقال محمد
له اجر ذهابه هنا اي له الاجر للذهاب يعني نقل الكتاب لانه اوفى بعض
المعقود عليه وهو قطع المسافة لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة
دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه
هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم متعلق به وقد
نقضه فسقط الاجر هنا موافقتهما في الهداية وشروحها وعكس نقلها
في المجمع وشروحه حيث صرح بان ابا يوسف مع محمد لانه الامام لكن
يمكن الحمل على خلاف الروايتين ولو تركه اي الكتاب هناك للورثة وكذا
اذا دفع الى وصيه فله اجر الذهاب اجماعا لانه اتى بما في وسعه
هذا اذا شرط المجيء والا وجب كل الاجر لو ترك الكتاب ثمة كما في القهستاني
وفيه اشارة الى انه لو وجد مكانه وسلمه اليه يجب له شيء من الاجر
لانتهاء المعقود عليه وهو الايصال

باب ما يجوز من الاجارة

وما لا يجوز لما فرغ من ذكر الاجارة وشروطها ووقت استحقاق الاجر
ذكر هنا ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز وصح استيجار الدار والحانوت
وان وصلية لم يذكر ما يعمل فيه اي في كل واحد منهما استحسانا لان
العمل المتعارف في كل واحد منهما السكنى فينصرف العقد المطلق اليه
والقياس ان لا يجوز لجهالة كالارض والثياب فانها مختلفة باختلاف
العامل والعمل فلا بد من البيان وله اي للمستاجر ان يعمل كل شيء من
العمل لانها لا تختلف باختلاف المستعمل فله ان يتوضأ والاغتسال
وغسل الثياب وكسر الحطب للعادة والاستنجاء بحائط الدار المعتاد
اليسير ان يتد فيه وتدا ويربط الدواب في موضع معتاد لمن يسكنها
من اصحاب سواء كان باجارة فتحرها وليس للاجرات ان يدخل دابة الدار
المستاجرة بعدما سكن المستاجر وفيه اشارة الى انه لو كان عند

اي له الاجر للذهاب
في نقل الكتاب

العقد استاجرت هذه الدار للسكنى ليس له ان يعمل فيها غير السكنى
كما في القهستاني سوى ما يوهن البناء كالحدادة والقصارة
والطحن من غير رضى المالك او اشتراطه ذلك في عقد الاجارة
لان هذه الاشياء توهن البناء والمراد رحى الثور والما لا رحى اليد
فانه لا يمنع من التنصيب فيه ولو انهدم البناء بهذه الاشياء وجب
عليه الضمان لانه متعد فيه ولا اجر عليه لان الضمان والاجر لا يجتمعان
وان لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا والقياس انه لا يجب ولو
اختلفا في اشتراط ذلك كان القول للموجر لانه لو انكر الاجارة كان القول
للموجر لانه لو انكر الاجارة كان القول له فكذا اذا انكر نوعا من الانتفاع
ولو اقاما البينة كانت بينة المستاجر اولى لانها تثبت الزيادة وصح
استيجار الارض للزرع ان بين المستاجر ما يزرع لجريان العادة
باستيجارها للزراعة من غير انكار فانعقد الاجماع عليها غير انه لما
يزرع فيها يتفاوت فلا بد من بيانه او قال على ان يزرع فيها ما شا
كي لا يفضي الى المنازعة ولو لم يبين ما يزرع فيها او لم يقل على ان يزرع
فيها ما شا فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة
في القياس كما اذا اشترى بخمر وخنزير وفي الاستحسان يجب المسمى
وينقلب العقد صحيحا وللمستاجر الشرب والطريق بخلاف البيع وفي
القنية استاجر ارضا سنة على ان يزرع فيها ما شا فله ان يزرع زرعين
ربيعيا وخريفيا وفي التنوير اجرها وهي مشغولة بزرع غيره ان
كان الزرع بحق لا تجوز ما لم يستحصد الا ان يوجرها مضافة الى
المستقبل وان بغير حق صحت وصح استيجار الارض للبناء والغرس اي غرس
الاشجار لان كل واحد منهما نفع مقصود بالاجارة واذا انقضت
المدة اي مدة الاجارة طويلة كانت او غير طويلة لزم ما في المستاجر
ان يقلعهما اي البناء والغرس ويسلمها اي الارض حال كونها فارغة عنهما
لانه ليس لهما نهاية معلومة حتى يترك الى اوفى تركها على الدوام

من

٥٥٥

من صاحب الارض سواء كان باجر او بغيره فوجب القلع وفي القنية
استاجر ارضا وقفا وغرس فيها وبنى ثم مضت مدة الاجارة فللمستاجر
ان يستبقيها باجر المثل ان لم يكن في ذلك ضرر ولو ابى الموقوف عليهم الا
القلع ليس لهم ذلك انتهى وفي البحر وبهذا يعلم مسئلة الارض المحتكرة
الا ان يغرم للمستاجر الموجر وهو صاحب الارض قيمة ذلك اي البناء
او الغرس ان لم تنقص الارض بالقلع وان كانت الارض تنقص بقلعه
اي البناء او الغرس فبدون رضاه ايضا اي يغرم الموجر قيمته مقلوعا
ويتملكه ودون رضى صاحبه ايضا اي كما يغرم برضاه ان كانت تنقص
بقلعه او يرضيا عطف على ان يغرم اي الا ان يرضى الموجر والمستاجر
لكن رضى الموجر يكفي فلا حاجة الى رضى المستاجر كما قالوا في تعليله
لان الحق له فاذا رضي استمراره عليها كان له باجر او بغير اجر كان له تاملا
بتركه اي يترك كل واحد من البناء والغرس على الارض فيكون البناء والغرس
لهذا اي المستاجر والارض لهذا اي الموجر الذي هو صاحب الارض
والرطبة في الارض المستاجرة وكذا الكراث ونحوهما كالشجر في القلع اذا
انقضت المدة اذ ليس لانتهائهما مدة معلومة والزرع يترك على الارض
باجر المثل الى ان يدرك لان له غاية معلومة فيوجد فيه التناظر مراعاة
للحقين بخلاف موت احدهما قبل ادراكه فانه يترك بالمسمى على حاله
الى الحصاد وان انفسخت الاجارة لان ابقاءه على ما كان عليه
اولى ما دامت المدة باقية فيلحق بالمستاجر المستعير فيترك الى ادراكه
باجرة المثل كما في المنح واما الغاصب فيؤمر بالقلع مطلقا وصح
استيجار الدابة للركوب والحمل واستيجار الثوب للبس لجريان العادة
بذلك فان اطلق الموجر للمستاجر الركوب او اللبس بمعنى ان يقول
على ان يركبها من شا ويلبس الثوب من شا فله اي المستاجر ان يركب
من شا ويلبس من شا لانه يختلف باختلاف الراكب واللابس
فلا يجوز الا بالتعيين او بان يشترط ان يفعل ما شا في التبيين

مقلوعا لان في ذلك نظرا
او الغرس لهما برضى صاحبه اي صاحب البنا ام

اي المالك

ولو لم يبين ولم يقل ان يفعل فيه ما شا فسدت الاجارة للجهالة فاذا ركب
الدابة او لبس الثوب هو اي للمستاجر بنفسه او اركب المستاجر الدابة
او البس الثوب غيره تعين مرادا من الاصل فلا يستعمل غيره فصار
كما نص عليه ابتدا او في البحر اذ الكاري قوم مشاة ايلاعلي ان للكاري
يحمل عليه من مرض منهم او من عي منهم فهو فاسد وان قيد المؤجر
براكب معين او لابس معين فخالف ضمن المستاجر اذا هلكت الدابة
او الثوب لان الناس يتفاوتون في العلم بالركوب واللبس فلا اجر
عليه وان سلم لانه مع الضمان ممتنع وكذا الكل مما يختلف باختلاف
المستعمل فكونه يضمن اذا هلكت مع المخالفة والتقييد وما
لا يختلف به اي باختلاف المستعمل فتقييده اي تقييد
الموجر بشخص معين هدر فلو شرط المؤجر سكنى واحد
بعينه في اجارة الدار جاز للمستاجر ان يسكن غيره لان
الشرط ليس بمقيد لعدم التفاوت في السكنى وما يضر
بالبنا كالحدادة والقصارة فهو خارج بدلالة العادة
والفسطاط كالدار عند محمد وعند ابي يوسف هو
كاللبس لاختلاف الناس في ضربه ونصب اوتاده واختيار
مكانه وان سمي ما يحمل على الدابة نوعا وقدرا ككر بر
يحمله على الدابة التي استاجرها فله اي للمستاجر حمل
مثله وما اخف منه في الضرر كالشعير والسمسم لا اي لا يحق
له ان يحمل عليها ما هو اضر منه في الضرر كالشعير
كالملح لان الاصل ان من استحق منفعة مقدرة بالعقد
فاستوفى اكثر منها لم يجز فله ان يحمل عليها ما هو اخف منه
كر حنطة لغيره لو استاجرها ليحمل كر حنطة لانه مثله وله
حمل كر شعير لانه دونه والقياس ان يضمن بالحمل عليها
خلاف الحنطة كما لو كان المحمول لغيره وجه الاستحسان

ان

ان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا ولا فائدة هنا وفيه
اشارة بانه سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن
من الشعير او القطن يضمن لانه ياخذ من ظهر الدابة اكثر
من البر كما في شرح الكنز لكن ذكر في الذخيرة في هذا ايضا
عدم الضمان قال شيخ الاسلام انه لا يضمن استحسانا
وهو الاصح لان ضرر الشعير والقطن مثل ضرر الحنطة في
حق الدابة عند استوائهما وزنا وبه يفتي الصدر
الشهيد كما في النهاية وان سمى قدرا من القطن فليس له
ان يحمل مثل وزنه حديدا لانه يجتمع في مكان واحد من
ظهرها فيضرها اكثر وان زاد عليها على ما سمي فعطبت
الدابة ضمن قدر الزيادة ان كانت تطيق ما حملها لانها
عطبت بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه والسبب
الثقل فالقيمة عليهما حتى لو كان الماذون مائة منا
من وزاد عليه عشرين منا يضمن سدس الدابة وانما
بالزيادة اي الحاصل حين التسمية فلو حمل جنسا اخر غير
المسمى وجب جميع القيمة والى انه حمل الزيادة مع المسمى
معا فلو حمل المسمى وحده ثم حمل الزيادة وحدها فهلكت
ضمن جميع القيمة كما في البحر الاية وان لم تطق ما حملها
فكل القيمة لعدم الاذن فيه هذا اذا حملها المستاجر
اما اذا حملها صاحبها بيده فلا ضمان على المستاجر وان حملا
معا وجب النصف على المستاجر ولو حمل كل واحد منهما
وحده لا ضمان على المستاجر ويجعل حمل المستاجر ما كان
مستحقا بالعقد فلم يتعرض للاجرة اهلكت وفي
الغاية ان عليه الكل اولا يتاتي كيف اجتمع الاجر
والضمان لانا نقول الاجر في مقابلة الحمل المسمى الضمان

في مقابلة الزائد وفي البحر فلم يتعرض للاجر اذا سلمت ولم
اره صريحا والقواعد تقتضي ان يجب المسمى فقط اما
اذا حمله الجمال بنفسه وحده فلا كلام واما اذا حمله ~
المستاجر زائدا على المسمى فمنها فهو الغصب لا يضمن عندنا
ومن هنا يعلم حكم الكاوري في طريق مكة وان كان لا يحل
للمستاجر التي ملاحة على المسمى الا برضى صاحب الدابة
ولهذا قالوا ينبغي ان يري المكاري جميع ما يحمله انتهى
وفي الارداف يضمن النصف اي اذا استاجر الدابة ~
ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت يضمن المستاجر نصف
قيمتها ولا عبرة بالثقل لان ركوب العالم بالفروسية
لا يضر وان ثقل وركوب غير العالم اضر وان خف هذا
اذا كانت الدابة تطيق حمل الاثنين وان لم تطق
حملهما يضمن كل القيمة وقالوا هذا اذا كان الرديف
يستمسك بنفسه وان كان صغيرا لا يستمسك يضمن
بقدر ثقله وقيد بالارداف لانه اذا حمله على عاتقه
فانه يضمن جميع القيمة ثم للمالك الخيار ان شاء ضمن
الرديف وان شاء ضمن الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن
والرديف يرجع ان كان مستاجرا والا فلا كما في التبيين
وغيره وان كبحها اي الدابة من كبحت الدابة بلجامها
اذا ردها وهو ان يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجري ~
او ضربها فعطبت اي هلكت ضمن عند الامام لانه فعل غير
ماذون فيه فلا قالا اي لا يضمن عندهما وعند
الائمة الثلاثة فيما هو معتاد لان الضرب في ~
السير معتاد فكان ماذونا فيه بخلاف غير المعتاد
وفي الغاية ان ضربه للدابة يكون تعديا موجبا
للضمان

للضمان وقيد بالكبح لان السوق لا يضمن اتفاقا وان
جاوز بها اي بالدابة مكانا سماه فعطبت ضمن قيمتها
لانه صار غاصبا ولا يبرا عن الضمان بردها اي الدابة
الى ما سماه اي الى مكان سماه وان وصلية استاجرها
ذهابا وايابا في الاصح وقال زفر لا يضمن لانه عاد
الى الوفاق برئ كالمودع ولنا ان يد المستاجر ليست
يد المالك ولا بد من الرد اليه بعد التعدي وبالعود
لا يكون رادا اليه بخلاف المودع فان يده يد المالك
في الحفظ فاذا اعاد المودع الى الوفاق عاد الى يد المالك حكما
~~ولا بد من الرد اليه بعد التعدي وبالعود لا يكون رادا~~
~~لها اليه بخلاف المودع فان يده يد المالك في الحفظ~~
~~فاذا اعاد المودع الى الوفاق عاد الى يد المالك حكما~~ قوله
في الاصح احترازا عما قيل انما يضمن اذا استاجر ذاهبا
فقط لا جائيا لان الاجارة انتهت الى ذلك الموضع ~
فيضمن بالتجاوز عنه قال صاحب الهداية الاطلاق
اصح وقال صاحب الكافي التقييد اصح وان نزع سرج
الحمار الذي اكتراه بسرج واسرجه بما يسرج به مثله
فهلكت لا يضمن اتفاقا لانه اذا كان مما تماثل الاول
تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره
الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن
الزيادة كما في الهداية وان اسرجه او اوكفه بما لا يسرج
متعلق بقوله اسرجه او بما لا يوكف به متعلق بقوله
اوكفه مثله فهلكت ضمن جميع قيمته لانه لم يتناوله
الاذن من جنسه فصار مخالفا وكذا ان اوكفه بما ~
يوكف به مثله عند الامام لان الاكاف يستعمل بغير

ما يستعمله السرج فهو الحمل واثره يخالف ايضا لانه
لا ينبسط انبساط السرج فكان في حق الدابة خلافا
الى جنس عن المسمى فلم يصر مستوفيا شيئا من المسمى فيضمن
الكل وقيد بكونه لا يسرج بمثله لانه اذا استاجرها باكاف
فاوكفها باكاف مثله او اسرجها مكان الاكاف فلا يضمن كما في
الخلاصة وفي البحر لو استاجرها عريانا فاسرجها وركبها ضمن
قال مشايخنا اذا استاجرها من بلد الى بلد لا يضمن وان
استاجرها ليركبها في المصر ان كان المستكري من الاشراف
لا يضمن ثم قال وفي الكافي ان ضمن مطلقا من غير تفصيل
المشايخ وكان هو المذهب لانه ظاهر الرواية كما لا يخفى
انتهى وقالا يضمن قدر ما زاد وزنه على السرج فقط
حتى لو كان وزن الاكاف ضعف وزن السرج ضمن
نصف قيمتها لانعدام الاذن في قدر الزيادة والجواب
قدم انفا وفي العناية ولم يبين مقدار المضمون اتباعا
لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه ضامنا لجميع القيمة
ولكنه قال هو ضامن وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد
فمن المشايخ من قال للشيخ في المسئلة روايتان وانما
المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان في رواية
الاجارات يضمن ما زاد وفي رواية الجامع يضمن جميع القيمة
قال شيخ الاسلام وهذا اصح وتكلموا في معنى قولهما يضمن
بحسابه وهو احدى الروايتين عن الامام فمنهم
من قال انه يعتبر بالمساحة حتى اذا كان السرج ياخذ من ظهر
الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن بحسابه
وقيل يعتبر بالوزن وان سلك الجمال طريقا غير ما عينه المالك
مما يسلكه الناس فلا ضمان عليه اي على الجمال ان لم
يتفاوت

يتفاوت الطريقان لان التقييد غير مفيد عند عدم التفاوت
وان تفاوتا اي الطريقان بان كان الطريق المسلوك اعسر
او ابعد او اخوف من الطريق الاخر او كان الطريق المسلوك
مما لا يسلكه الناس فان لم يكن بين الطريقين تفاوت
كما في شرح الوقاية لابن الشيخ ضمن وفيه ضعف لان الظاهر
عدم فمنهم من قال ان لا حاجة اليه لان تفاوت الطريق
يغني عنه ويمكن دفعه بالتكلف انتهى لانه لا بد من ذكر هذه
المسئلة لانها مستقلة تتبع وقيد بالتعيين لانه لم يعين
لا يضمن وفي الخلاصة الجمال اذا نزل في مفازة ونصاد
الانتقال فلم ينتقل حتى فسد المتاع بمطر او سرقة فهو
ضامن اذا كانت السرقة والمطر غالبا وان حمله اي حمل
الجمال المتاع في البحر اذا قيد بالبر فتلف المتاع في هذه
الصور ضمن الجمال لصحة التقييد اما اذا تفاوتا او لا يسلكه
الناس فظاهر واما اذا حمل في البحر فلخطر البحر ولندرة السلامة
اطلقه فيشمل ما اذا كان مما يسلكه الناس او لا وقيدنا بكونه
قيد بالبر لانه لو لم يقيد به لا ضمان كما في البحر وان بلغ
قال الاتقاني المتاع بلغ بالتشديد اي بلغ الجمال ذلك
الموضع الذي اشترط ويجوز بالتخفيف على اسناد الفعل
الى المتاع اي اذا بلغ المتاع الى ذلك الموضع كما في البحر
فله اي للجمال الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف
معنى ولا يلزم اجتماع الاجر والضمان لانهما في حالتين كما في
شرح الكنز للعيني وان عين زرع بر فزرع رطبة اي من
استاجر ارضا ليزرع حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصت
الارض لان الرطاب اكثر ضررا بالارض من البر لانتشار
عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر

مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان ولا اجر عليه
لانه لما خالف صار غاصبا فاستوفى المنفعة بالغصب
فلا يجب الاجر به قال العيني وان زرع فيها ما هو اقل
ضررا من البر لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف
الى خير فلا يصير به غاصبا وفي المنح ما ذكر هنا من عدم لعله الاخير
وجوب الاجر ووجوب ما نقص من الارض هو مذهب
المتقدمين من المشايخ واما مذهب المتاخرين فيجب
اجر المثل على الغاصب اذا كانت الارض للوقف او لليتيم
او اعدها صاحبها للاستغلال كالخان ونحوه وان امر خياطا
الثوب قميصا فخاط قباء خير المالك بين تضمينه اي
الثوب قيمته وبين اخذ القباء ودفع اجر مثله لانه لما كان
يشبه القميص من وجه لان الاتراك يستعملونه استعمال
القميص كان موافقا من وجه مخالفا من وجه فان شاء
مال الى جانب الوفاق واخذ الثوب وان شاء مال الى
جانب الخلاف وضمنه القيمة وانما وجب المثل دون المسمى لان
صاحبه ما رضي بالمسمى الا عند حصول المقصود من كل وجه
ولم يحصل لا يزاد على ما سمى كما هو الحكم في سائر الاجارات
الفاسدة وفي البحر اطلقه فشمل ما اذا كان يستعمل
استعمال القميص وما اذا اشقه وجعله قباء مخالفا في
للاسبيجابي في الثاني حيث اوجب فيه الضمان من غير خيار
وعن الامام انه لا خيار لرب الثوب في الكل بل يضمنه
قيمة الثوب وكذا اخر المالك لو امر بقباء فخاط سراويل في
الاصح للاتحاد في اصل المنفعة وصار كمن امر بضرب
طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يجب كذا
ههنا وقيل يضمنه هنا بلا خيار للتفاوت في المنفعة

باب

باب الاجارة الفاسدة وجه التاخير
عن الصحيحة ظاهرة يجب فيها اي في الاجارة الفاسدة
اجر المثل لا يزاد على المسمى المعلوم عندنا وعند زفر والائمة
الثلاثة يجب الاجر بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان قلنا
ان المنافع غير متقومة بنفسها بل بالعقد لضرورة حاجة
الناس وقد اسقط العاقدان بالتسمية الزيادة فيه
واذا نقص اجر المثل لا يجب زيادة المسمى لفساد التسمية
بخلاف البيع لان تقوم الاعيان ليس بضروري فالحاصل
ان المسمى ان كان مساويا لاجر المثل او زائدا عليه فاجر المثل
وان كان اقل منه فالمسمى كما في القهستاني هذا اذا لم يكن
الفساد لجهالة المسمى او لعدم التسمية فان كان لجهالة
المسمى او لعدم التسمية يجب اجر مثله بالغا ما بلغ وكذا اذا
كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل ان يسمي دابة
او ثوبا او يستاجر الدار والحمام على اجرة معلومة بشرط
ان يعمرها او يرمها وقالوا اذا استاجر دارا على ان يسكنها
المستاجر فسدت الاجارة ويجب عليه اجر المثل بالغا ما بلغ
ان سكنها ومن استاجر دارا كل شهر بكذا صح العقد
في شهر واحد فقط وفسد الباقي لان كلمة كل للعموم
وقد تعذر العمل بها لان الشهور لا نهاية لها والواحد
معين فيصح فيه واذا تم الشهر كان لكل منهما فسخ الاجارة
لانتهاء العقد الصحيح من غير حضور صاحبه على قول ابي يوسف
وبحضوره على قولهما وقيل لا يفسخ الا بحضور صاحبه بالاتفاق
الا ان يسمي جملة الشهور اي الا ان يعين كل الاشهر
بان يقول اجرتها عشرة اشهر كل شهر بدرهم مثلا لانه
حينئذ تعلم المدة فيصح العقد في كل الايام وكل شهر سكن

المستاجر منه اي من الشهر ساعة صح فيه اي في ذلك الشهر
الذي سكن ساعة لحصول رضاهما بذلك وسقط حق
الفسخ اي لا يكون للموجر اخراجه الي ان ينقضي ذلك الشهر
الا بعذر لانه تم العقد به لتراضيهما في اوله وهذا هو
القياس وقد مال بعض المتاخرين وظاهر الرواية بقاوه
اي بقاء حق الفسخ في الليلة الاولى ويومها اي لكل واحد منهما
الخيار في الليلة الاولى من الشهر الداخل ويومها وبه
يفتي كما في اكثر الكتب المعتبرات لان ذكر راس الشهر في
اعتبار اول الشهر نوع حرج لصعة اجتماع المتعاقدين
في ساعة روية الهلال ولو فسخ في اثنا الشهر فسخت
راس الشهر ينفسخ اذا اهل الشهر بلا شبهة ولو قدم اجرة
شهرين او ثلثة وقبضها الاجرة لا يكون لواحد منهما ~
الفسخ فيما عجل وان اجرها اي الدار سنة بكذا صح وان
وسكت لم يبين قسط كل شهر لان المنفعة صارت
معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة فتصح وتقسم
الاجرة على الاشهر على السوا ولا تعتبر تفاوت الا
الاسعار باختلاف الزمان وابتدا المدة اي مدة ~
الاجارة ما سمي ان وقعت التسمية بان يقول من شهر
رجب من هذه السنة مثلا والا بان لم يقع تسمية فوقت
العقد هو المعتبر في ابتدا المدة لان الاوقات كلها
سوا في حكم الاجارة وفي مثله يتعين الزمان الذي يلي
العقد كالاجل واليمين ان لا يكلم فلانا شهرا هذا اذا
كان العقد مطلقا من غير تعيين المدة وان بين المدة
تعين ذكره وهو ظاهر فان كان عقد الاجارة حين يهل
على صيغة المفعول بمعنى يبصر الهلال والمراد من الحين
اليوم

لم ينفسخ وقيل ينفسخ اول خروج الشهر ولو قال في اثناء الشهر ح

٥٥٨

اليوم الاول من الشهر دون ليله كما في النهاية تعتبر السنة
كلها بالاهلة لانها هي الاصل في الشهور قال الله تعالى ~
يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والا اي وان
لم يكن العقد حين يهل الهلال بل كان بعد ما مضى من الشهر
فبالايام اي فتعتبر الايام في الشهور بالعدد وهو ان
يعتبر كل شهر ثلاثون يوما هذا عند الامام لانه لما
تعذر الشهر الاول بالاهلة تعذر اعتبار الثاني ~
والثالث ايضا لان الشهر الاول لما وجب تكميله من ~
الثاني لكونه متصلا به انتقص الثاني ايضا فوجب تكميله
من الثالث وهكذا الى اخر المدة وعند محمد الاول اي الشهر
الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الاصل في الشهور
اعتبارها بالاهلة عند الامكان وقد امكن ذلك في الشهور
المتخللة وتعذر بالاول فيكمل بالايام الشهر الاخر وابو يوسف
معه اي مع محمد في رواية ومع الامام في اخرى وكذا العدة
فان الايقاع اذا كان حين يهل الهلال تعتبر شهور العدة
بالاهلة وهذا بلا خلاف واذا كان في اثنا الشهر ففي حق
تفريق الطلاق يعتبر بالايام اتفاقا وكذا في حق انقضا
العدة عنده واما عندهما فيعتبر شهر واحد بالايام وشهران
بالاهلة وذكر في النهاية ان العدة في هذه الصورة تعتبر
بالايام اتفاقا كما في القهستاني ويجوز اخذ الحمامي اجرة
الحمام للتوارث والتعارف قال عليه السلام ما راه ~
المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن فلا تعتبر جهالة
المنفعة في مثل هذا ومن العلما من كره الحمام لانه شر
بيت باشارة النبي عليه السلام وكره بعضهم اتخاذه
للنسا لانه قلما يخلو اجتماعهن عن فتنة والصحيح انه

لا باس باتخاذه للرجال والنساء جميعا للضرورة كما في اكثر
المعتبرات ويجوز اخذ الحجام اجرته لما روي انه عليه السلام
احتجم واعطى اجرته فكان قوله عليه السلام ان من السحت
السحت كسب الحجام منسوخا بما روي لا يجوز اخذ اجرة عسب
التيس هو ان يؤاجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه
السلام ان من السحت عسب التيس يعني اخذ
اجرها عسب التيس على حذف المضاف والمضاف اليه لان
حقيقة العسب ليس بمكروه لانه سبب لبقا النسل ولان
الاستيجار للاحبال والانزا وهو امر موهوم غير معلوم
ولا يجوز اخذ الاجرة عند المتقدمين على الطاعات
وفي شرح الوافي والمذهب عندنا ان كل طاعة يختص بها
المسلم الا الاستيجار عليه باطل كالاذان والحج والامامة
والتذكير والتدريس والغزو وتعليم القران والفقه
وقراءتهما لان القربة تقع على العامل ولقوله عليه السلام
اقرأوا القران ولا تاكلوا به بخلاف بنا المساجد
واداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه وتعليم الكتابة
والنجوم والطب والتعبير وعلوم الادبية فان اخذ
الاجرة في الجميع جائز بالاتفاق وقال الشافعي يجوز
في كل ما لا يتعين على الاجير وعند مالك يجوز على الامامة
اذا جمع مع الاذان او المعاصي اي لا يجوز اخذ الاجرة
على المعاصي كالغنا والنوح والملاهي لان المعصية
لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر وان
اعطاه الاجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده على
صاحبه وفي المحيط اذا اخذ المال من غير شرط يباح
له لانه عن طوع من غير عقد وفي شرح الكافي لا يجوز

لعل الاستيجار عليها باطل

الاجارة

الاجارة على شيء من الغنا والنوح والمزامير والطبل
او شيء من اللهو وعلى الحدا وقراءة الشعر ولا اجر في ذلك
وفي الولوالجي رجل استاجر رجلا ليضرب له الطبل ان كان
للهو لا يجوز وان كان للغزو او القافلة او العرس يجوز
لانه طاعة ويفتى اليوم بالجواز اي بجواز اخذ الاجرة
على الامامة وتعليم القران والفقه والاذان كما في
عامة المعتبرات وهذا مذهب المتاخرين من مشايخ
بلخ استحسنوا ذلك وقالوا ان اصحابنا المتقدمون اجابوا
على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم
وكانت لهم عطيات من بيت المال وافتقاد من المتعلمين
في مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط مروة
يعينونهم على معاشهم ومعادهم وكانوا يفتون بوجوب
التعليم خوفا من ذهاب القران وتحريضا على التعليم حتى
ينهضوا لاقامة الواجب فيكثر حفاظ القران واما اليوم
فذهب ذلك كله وانقطعت العطيات من بيت المال بسبب
استيلا الظلمة واشتغل الحفاظ بمعاشهم وقل ما يعلم حسبة
ولا يتفرغون له ايضا فان حاجتهم تمنعهم من ذلك فلو لم
يفتح لهم التعليم بالاجر لذهب القران فافتوا بجوازه
لذلك وراوه حسنا وقالوا الاحكام تختلف باختلاف
الزمان الا ترى ان النسا كن يخرجن الى الجماعات في زمانه
عليه السلام وزمان ابي بكر رضي الله عنه حتى منعهن
عمر رضي الله عنه واستقر الامر عليه وكان ذلك هو
الصواب كما في التبيين وفي النهاية يفتى بجواز
الاستيجار على تعليم الفقه ايضا في زماننا وفي الخانية
خلافه تتبع وفي المجمع يعني بجواز الاستيجار على

التعليم والامامة والفقه كذا في الذخيرة والروضة ولا يجوز
استيجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف كما في شرح
الكنز للعيني ويجبر المستاجر وهو الصبي او وليه على
دفع ما سمي من الاجر ويحبس به اي بالاجر الذي سمي ويجبر
على دفع الحلوة المرسومة الحلوة بفتح الحا المهملة هدية
تهدى الى المعلمين على روس بعض سور القران سميت
بها لان العادة اهدوا الحلاوي وهي لغة يستعملها اهل
ماورا النهر حتى لو لم يكن بينهما قول وشرط يؤمر بارضاء
المعلم وفي الخانية وغيرها رجل استاجر رجلا ليعلم ولده
او عبده الحرفة فيه روايتان في رواية المبسوط يجوز
وفي رواية القدوري لا يجوز فان بين لذلك وقتا معلوما
سنة او شهرا جازت الاجارة ويستحق المسمى تعلم الولد
او لم يتعلم وان لم يبين لذلك وقتا لا تصح الاجارة
وله اجر المثل ان تعلم الولد والعبد وان لم يتعلم فلا اجر
له وفي الجواهر استوجر لحمل جنازة مسلم او لغسل ميت
فان كان في موضع لا يوجد من يغسله غيره لا فلا
اجر لهم وان كان في موضع فيه اناس غيرهم فلهم الاجر
وفي التتمة اجارة السفن جايزة وهي على وجهين احدهما
ان يستاجرها الى مدة معلومة والاخر ان يستاجرها
الى مكان معلوم وكلاهما جايزان ان مضت المدة وهي في
البحر فله ان يمسكها حتى يخرج من البحر ويعطيه اجر مثله
وكذا اجارة الخيام والفسطاط جايزة وله ان ينصب
ذلك كما ينصب الناس فان احترق في الشمس او فسد في
السفر من المطر والثلج او تخرق من غير عسف او خلاف
فلا ضمان وكذا اجارة الاسلحة جايزة وله ان يقاتل
ولا ضمان

ولا ضمان عليه ان هلكت وان تعدى عليها فهلكت فعليه
الضمان ولا اجر عليه ولا تصح اجارة المشاع سوا كان
الشيوع فيما يحتمل القسمة كالعروض او فيما لا يحتمل القسمة
كالعبد عند الامام لان اجارة الدار مثلا انما هي للانتفاع
بعينه وهذا غير متصور في المشاع حيث لا يمكن التسليم
بخلاف بيعه والمراد من الشيوع الشيوع الاصلي لان
الطارئ لا يفسد الاجارة في ظاهر الرواية عند الامام وعنه
يفسدها الا من الشريك فانه يجوز مشاعا بالاجماع
في ظاهر الرواية عن الامام لان الكل يجيء على ملكه فلا
يلزم الشيوع وعنه لا يجوز ايضا ثم اختلف المشايخ على
قول الامام قيل لا ينعقد حتى لا يجب الاجر اصلا وقيل
ينعقد فاسدا حتى يجب اجر المثل وهو الصحيح وعندهما
تصح اجارة المشاع مطلقا سوا اجر نصيبه شريكه او غيره
لانه نوع تمليك فيجوز كالبيع وبه قال الشافعي ومالك
والحيلة في جواز اجارة المشاع ان يستاجر الكل ثم يفسخ
في النصف فانه يجوز لان الشيوع الطارئ لا يفسدها
تمام وكلهم بجوازه وفي المغني الفتوى في اجارة المشاع
على قولهما لكن في الخانية وغيرها الفتوى على قول
الامام ويجزم اصحاب المتون والشروح فكان هو
المذهب كما في المنح وان اجر دارا من رجلين صح اتفاقا
لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع لتفرق الملك بينهما
طارئ ويجوز استيجار الظئر وهي مرضعة باجر معلوم
والقياس انه لا تصح كاجارة البقرة او الشاة ليشرب
لبنها واجارة البستان ليأكل ثمرة وجه الاستحسان
قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وعليه

العقد الاجماع وقد جرى به التعامل في الاعصار بلا نكير
لانه عقد على منفعة هي تربية الصبي واللبن تابع
وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح واقرب الى
الفقه كما في الهداية وهو الصحيح كما في الكافي وقيل
عقد على اللبن لانه المقصود والخدمة تابعة وهو اختيار
شمس الائمة السرخسي وفي العناية كلام فليطالع وكذا
يجوز استيجارها بطعامها وكسوتها استحسانا عند
الامام لان الجهالة هنا لا تفضي الى النزاع خلافا
لهما اي قالوا لا يجوز قياسا للجهالة وهو قول الشافعي
وفي الجامع الصغير ان سمي الطعام دراهم ووصف جنس
الكسوة واجلها وبين ذرعها جاز اجماعا ومعنى تسمية
الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام
عوضا عنها ولو بين جنس الطعام ووصفه وقدره
جاز ايضا وفي الطعام لا يشترط الاجل وعليها اي على
الظئر غسل الصبي وغسل ثيابه عن البول وعن الغائط
لا عن الوسخ واصلاح طعامه بالمضغ او الطبخ ودهنه
بفتح الدال اي جعل الصبي مطليا بالدهن بالضم لان كلا
منها عليها عرفا والعرف معتبر فيما لا نص فيه ولا يجب
على الظئر ثمن شيء منها اي من هذه المذكورات بل هو
اي ثمن طعامه ودهنه وما غسل به ثيابه من
الصابون ونحوه واجرها اي اجر الظئر على من نفقته
اي نفقة الصبي عليه سواء كان والده او غيره ممن
تجب عليه نفقته فلو مات من تجب عليه نفقته
فعلى الوصي من مال الصبي فلا تبطل الاجارة بموته
وقال ابو بكر ايضا تبطل اذا كان للصبي مال كما في

القهستاني

كراس
٣٢

القهستاني ومما ذكر محمد من ان الدهن والريحان على
الظئر فبناء على ما هو عرف الكوفة ثم فرعه بقوله
فان ارضعته اي ان ارضعت الظئر الصبي يعني اوجرته
فقولهم فان ارضعته يكون من قبيل المشاكلة في
المدة اي في مدة الرضاع بلبن شاة في فمه او غذته
من التغذية بطعام ومضت المدة فلا اجر لها لانها لم
تات بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع فهذا ايجار
وليس بارضاع وهو غير ما وقع عليه عقد الاجارة
ولهذا لو اوجر الصبي بلبن الظئر في المدة لم تستحق الاجرة
فعلم بهذا ان المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون
العين وهو اللبن كما في العناية وفي المحيط لو استاجر
شاة لترضع جديا او صبيا لا يجوز لان للبن البهائم
قيمة فوقعت الاجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز
وليست للبن المرأة قيمة فلا تقع الاجارة عليها عليه
انما تقع على فعل الارضاع والتربية والحضانة وفي
القهستاني فان جحدت الظئر ذا فالاعتبار ليمينها ولبينتهم
وان اقام كل بينة فبينتها وهذا اذا شهدوا انها ارضعته
بلبن شاة وما ارضعته بنفسها فلو اكتفى بالنفي لم
تقبل لانها شهادة على النفي بخلاف الاولى فان النفي
فيها دخل في ضمن الاثبات كما في المحيط وفي الدرر
بخلاف ما اذا دفعته الى خادمتها حتى ارضعته حيث
تستحق الاجر ولزوجها اي زوج الظئر وطؤها اذا اراد لانه
حقه فلا يتمكن المستاجر من ابطاله لا وطؤها في بيت المستاجر
اذا منع المستاجر عن الوطء فيه لانه ملكه فيمنعه فان
لم يمنع بل اذن فيه جاز قوله اي لزوج الظئر فسخها

اي الاجارة ان لم تكن الاجارة برضاه سوا كان تشينه
اجارتها بان كان وجيها بين الناس او لم تشنه في الاصح
لكن لشيئ علي الاطلاق بل ان كان نكاحا اي نكاح الزوج
ظاهرا بين الناس او يكون عليه شهود صيانة لحقه لا
اي ليس له ان يفسخ الاجارة ان اقرت المراة به اي ~
بالنكاح لان الاقرار حجة قاصرة غير مقبولة في ابطال
حق الغير وهو المستاجر ولاهل الطفل فسخها اي
الاجارة ان مرضت الظئر او حبلت لان الحبلى والمريضة
تضر بالصغير وكذا تفسخ المرضعة اذا مرضت او حبلت
ان خيف عليها وكذا تفسخ اذا تعيا لبنها او كانت ~
سارقة او فاجرة ثابتا فجورها خلافا فيما اذا كانت كافرة
كما في شرح الكنز وغيره ومما في القهستاني من انه صح ~
استيجار الظئر الكافرة والفاجرة لكن لطفي عن ارضاع لهما
نوع مخالف الا ان يراد بالفاجرة غير ثابت فجورها او يراد
صحة الاستيجار فقط وكذا تفسخ الاجارة اذا كان
الصبي لا ياخذ ثديها وله اي فيما فسخها اذا كانت ~
تتاذي منهم وكذا اذا لم يجد عادة بارضاع ولغيرها
ولا تفسخ بموت اب الصبي لان الاجارة واقعة للصبي
لا للاب سوا كان له مال او لم يكن بخلاف موت الصبي
او الظئر فانها انتقضت ولو سافرت هي واهل الصبي ~
تفسخ الاجارة وفسد استيجار حايك ولو سافرت هي
واهل الصبي تفسخ الاجارة لينسج له غزلا بنصفه اي
بنصف الغزل او ثلثه او استيجار حمار ليحمل عليه اي ببيته
بقفيز منه اي من الطعام بان جعل القفيز اجرته او ~
استيجار ثور ليطحن له برا بقفيز من دقيقه اي دقيق

ذلك

طعام

ذلك البر اما في فساد الاولي والثانية فلانه جعل الاجر
بعض ما يخرج من عمله فصار في معنى قفيز الطحان
وقد نهي عنه عليه السلام والمعنى فيه ان المستاجر
عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض ما يخرج من عمل ~
الاجير والقدرة علي التسليم شرط لصحة العقد وهو
لا يقدر بنفسه وانما يقدر بغيره فلا يعد قادرا ففسد
قال ابو المكارم قال قاضيخان يجوز النسج بالثلث او
الربع وبه اخذ الفقيه ابو الليث والامام الحلواني
والامام ابو علي النسفي ويجب اجر المثل في كل لا يجاوز
المسمى فلان الاجارة لما فسدت وجب الاقل من المسمى
ومن اجر المثل برضاه بحط الزيادة بخلاف فيما اذا استاجره
ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب الاجر
لان الاجير فيه ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار حاملا
طعاما مشتركا بينهما وحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر
اذ ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم
المعقود عليه وفي المنح اشكال وجواب ان شئت فليراجع
وفي الهداية بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث
يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك معلوم
فلم يصح الحط وعند ابي يوسف لا يجاوز باجرة مثل ~
نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك
هذا اذا احتطب احدهم وجمع الاخر واما اذا احتطبا
جميعا وجمعا جميعا فهما شريكان علي السوا كما في النهاية
والعناية وفي التنوير استاجره ليصيد له او يحتطب فان
وقت جاز والا لا الا اذا عين الحطب وهو ملكه وان
استاجره ليخبز له اليوم قفيزا بدرهم فسد العقد عند

الامام لان المعقود عليه مجهول لذكره فيه امرين يحتمل كل
منهما ان يكون معقودا عليه العمل والوقت فالعمل ينفع
المستاجر لانه لا يعطي الاجر الى الموجر الا بعد تمام العمل
والوقت ينفع الاجير لانه يستحق الاجر بمضي المدة سواء
عمل او لم يعمل ولا رجحان في احدهما فيؤدي الى النزاع
ولو كان المعقود عليه كليهما يلزم ان يعمل مستغرقا لهذا
اليوم فقد لا يمكنه تحصيله احد عادة خلافا لهما اي
قالا هذه جايزة ويكون العقد على العمل دون
اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان
لم يفرغه في اليوم فعليه ان يعمل في الغد لان المعقود
عليه هو العمل وذكر اليوم للتعجيل ولو قال في اليوم بكله
فيه صح اتفاقا لان كلمة في للظرف لا لتقدير المدة
فلا تقتضي الاستغراق فكان المعقود عليه هو العمل
وهو معلوم بخلاف ما اذا حذفت في فانه يقتضي
الاستغراق ولو استاجره ليخبز له كذا من الدقيق على
ان يفرغ منه اليوم يجوز بالاجماع فانه استاجر ارضا
على ان يكريها اي يكرب الارض اي يقلبها بالحراث
من باب نصر ويزرعها او يستاجرها على ان يسقيها
ويزرعها صح الايجار لكونه شرطا يقتضيه العقد لان
الزراعة لا تتاتى الا بالكراب والسقي وان استاجرها
على ان يثنيها ان كان المراد بالتثنية ان يرد الارض
مكروبة تفسد الاجارة لبقاء نفع الكرب بعد انقضاء المدة
وهذا شرط لا يقتضيه العقد وسبب الفساد بقاء
النفع لرب الارض فتوجد صفقتان في صفقة وهي
منهي عنها وان كان المراد كرب الارض مرتين فان كانت
الارض

الارض تخرج الزرع بكربها مرة والمدة سنة واحدة تفسد
الاجارة ايضا لما مر وان كانت تخرج بكربها مرتين لا
لا تفسد لعدم بقاء اثر التثنية وكذا لا تفسد لو كانت
المدة في هذه الصورة سنتين او اكثر لعدم منفعة التثنية
او استاجرها على ان يكري نهرها اي يحفر انهارها العظام
تفسد الاجارة لبقاء منفعته في العام القابل بخلاف
الجداول كما في التبيين او على ان يسرقنها اي يجعل
السرقين عليها وهو الزبل وهو معرب ويقال له
سرجين تفسد الاجارة لبقاء الاثر بعد انقضاء الا
اذا كان الريع لا يخرج الا بالتسرقين او كانت المدة
طويلة لا يصح الايجار في الكل لما قررناه اتفاقا وكذا
لا يصح الاستيجار للزراعة اي لزراعة الارض بزراعة
ارض اخرى بان جعلت زراعة الارض الاخرى اجرة
لها وللركوب اي لا يصح استيجار دابة ليركبها بركوب
دابة اخرى ليركبها الاخر عوضا عنها وللسكنى اي لا يصح
استيجار دار ليسكنها بسكنى دار اخرى ليسكنها الاخر
عوضا عنها وللبس اي لا يصح استيجار ثوب ليلبسه بلبس
ثوب اخر ليلبسه الاخر عوضا بدله ويكون من قبيل بيع
الشي بجنسه نسية وذا لا يجوز خلافا للائمة الثلاثة
وفي الدرر كلام ان شيت فلتطالع ثم لو استوفي احد
المنفعة عند اتحاد الجنس فله اجر المثل في ظاهر الرواية
وذكر الكرخي عن ابي يوسف انه لا شي عليه وان استاجر
شريكه او حماره اي حمار شريكه لحمل طعام هو اي
الطعام لهما لا يلزم الاجر الذي سماه ولا اجر المثل لانه
لا يعمل شيا لشريكه الا ويقع بعضه لنفسه فلا

يستحق الاجر وعند الائمة الثلاثة تجوز هذه الاجارة ويجب
المسمى لانه اوفى المشروط عنه كراهن استاجر الرهن من
المرتهن كما لا يجوز للراهن استيجار الرهن من المرتهن لان
الرهن هلك الراهن والمرتهن لشيء يملك حتى يوجره وفي
المنح لو استاجر حماما فدخل الاجر مع بعض اصدقائه
الحمام فانه لا تجب الاجرة لانه يسترد بعض المعقود عليه
وهو منفعة الحمام في المدة ولا يسقط شيء من الاجرة
لانه لشيء بمعلوم وان استاجر رجل ارضا ولم يذكر انه
يزرعها او لم يبين ما يزرعها لا يصح العقد لان استيجار
الارض غير مختص للزراعة وكذا ما يزرع فيها مختلف
فبعضها اكثر ضررا بها من بعض فلا بد من التسمية عند
العقد والا لا يعلم المعقود عليه فيفضي الى الفساد
هذا ان لم يعمم المؤجر اما ان عمم بان يقول على ان
تزرع ما شئت فحينئذ يصح لوجود الاذن منه فان
زرعها بلا ذكر الزراعة او ما يزرع فيها ومضى الاجل
عاد العقد صحيحا وله اي للمؤجر المسمى من الاجرة
استحسانا لارتفاع الجهالة وانقطاع المنازعة فينقلب
جائزا كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مجيئه وفي
القياس لا يعود وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا
ينقلب جائزا فيلزم اجر المثل كما في اكثر الكتب وما في
المنح من انه وعند محمد لا يعود صحيحا وهو القياس
مخالف لاكثر الكتب تدبر وان استاجر حمارا الى مكة
ولم يذكر ما يحمل عليه فحمل المعتاد اي ما يحمل الناس على
مثله فنفق اي هلك في الطريق لا يضمن المستاجر لان
العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت

الاجارة

الاجارة فاسدة هذا اذا لم يتعد فاذا تعدى ضمن ولا
اجر عليه وان بلغ الحمار مع الحمل مكة شرفها الله تعالى
وفي البزازية كاري دابة الى فارس فالاجارة فاسدة
لان فارس وخراسان وخوارزم وشام وفرغانة
وسغد وما وراء النهر وهند والخطاي والدشت والروم
واليمن اسم للولاية وبخارى وسمرقند وبلخ وجرجانية
وهراة واوزجند اسم البلدة وجعل شمس الائمة بخارى
اسم الولاية وفي كل موضع هو اسم الولاية اذا بلغ الادنى
له اجر المثل لا يتجاوز عن المسمى وفي كل موضع اسم البلد
اذا وصل يلزم البلاغ استحسانا لان الفساد كان للجهالة
فاذا حمل عليه شيئا يحمل على مثله تعين ذلك فانقلب صحيحا
وان اختصما اي المؤجر والمستاجر قبل الزرع في مسئلة
استيجار الارض بلا ذكر الزرع وقبل الحمل في مسئلة
استيجار الحمار نقضت الاجارة للفساد لبقائه قبل ارتفاع
الجهالة بالتعيين بالزرع في المسئلة السابقة وبالحمل في
هذه فلو اختصما بعد الزرع او الحمل لا يقضي بنقض العقد
لعدم الامكان بل يبقى على ما كان فلا يندفع
الفساد في المسئلة السابقة الا بمضي الاجل او بالبلوغ
في المسئلة الثانية ولو استاجر دابة ثم جحد الاجارة
في بعض الطريق وجب عليه اجر ما ركب قبل الانكار ولا
يجب للجحود هذا عند ابي يوسف وعند محمد يجب الاجر
كله وفي التنوير اجارة المنفعة بالمنفعة تجوز اذا
اختلفا واذا اتحدا لا

فصل

لما فرغ من بيان
انواع الاجارة شرع في بيان احكام بعد الاجارة وهي
الضمان والاجير نوعان مشترك وخاص والسؤال عنه

اي منزلة فله اي للاجر المسمى من الاجرة عند العقد

وفعلى

وجه تقديم المشترك علي الخاص دون الاجير المشترك من يعمل
لغير واحد معناه انه لا يختص بواحد عمل لغيره او لم يعمل ولا
يشترط ان يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد ايضا
فقط فهو مشترك اذا كان لا يمتنع ولا يتعذر عليه ان يعمل
لغيره وفي الغرر الاجير المشترك من يعمل لا لواحد او يعمل له
غير موقت او موقتا بلا تخصيص وفي القدوري المشترك
من لا يستحق الاجر حتي يعمل والاجير الخاص هو الذي
يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل وفي
التبيين هذا اولي من الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من
يعرف الاجير المشترك والخاص واجاب صاحب العناية
بانه قد علم مما سبق في باب الاجر متي يستحق ان بعض
الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته علي معرفة
المعرف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتي يعمل مفرد
والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم
الي ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا
بالمثال وهو الصحيح لكن قوله لان المعقود ما في ذلك
لان التعليل علي التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح
التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية
وتمامه فيه فليطالع وقال الزيلعي والاوجه ان يقال
الاجير المشترك من يكون عقده واردا علي عمل معلوم
ببيان محله ليسلم عن النقض والاجير الخاص الذي يكون
عقده واردا علي منافعه ولا تصير معلومة الا بذكر المدة
او بذكر المسافة وتمامه فيه فليراجع ولا يستحق الاجير المشترك
الاجر حتي يعمل كالصباغ والقصار ونحوهما لان الاجارة
عقد معاوضة فتقتضي المساواة بين العوضين فما لم
يسلم

يسلم المعقود عليه للمستاجر وهو العمل لا يسلم للاجير العوض
وهو الاجرة والمتاع في يده اي في يد الاجير امانة لا يضمن
ان هلك المتاع من غير فعله عند الامام وهو قول زفر
والحسن بن زياد وقياسا سواء هلك بما يمكن التحرز عنه
كالسرقة والغصب او لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب والعدو
المكابر لان العين امانة في يده لحصول القبض باذنه فلا
يكون الحفظ مقصودا بالذات ولذا لا يقابله الاجر لان
الاجر في الاجارة بمقابلة العمل او الوصف بخلاف المودع
باجر لان الحفظ مقصود حتي يقابله الاجر وان وضعه
شرط عليه ضمانه لانه شرط لا يقتضيه العقد به اي
بعدم الضمان يفتي وفي الخانية والفتوي علي قول الامام
وفي المنح وقد جعل الفتوي عليه في كثير من المعتبرات وبه
جزم اصحاب المتون وكان هو المذهب وعندهما وعند
مالك والشافعي في قول يضمن ان امكن التحرز عنه اي من
الهلاك كالغصب والسرقة بخلاف ما لا يمكن التحرز عنه كالموت
حتف انفه والحريق الغالب والعدو المكابر لكونه سببا
لصيانة اموال الناس وافتي المتاخرون بالصلح علي
نصف القيمة لاختلاف الصحابة والائمة وعلي هذا حكم
الولاية والقضاة عملا بالقولين وفي شرح المجمع نقلا عن
المحيط الخلاف فيما اذا كانت الاجارة صحيحة وان فاسدة
يضمن اتفاقا ويضمن ما اي الذي يتلف بعمله اي بعمل الاجير
المشترك اتفاقا كتخريق الثوب من دقه اي دق القصار
وزلق الحمال اذا لم يكن من مزاحمة الناس كما في الاصلاح
فان التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبت في المشي
والانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل فان التلف

الحاصل به حصل من تركه التوثيق في شد الحبل وغرق السفينة
من مدّها وفيه اشارة الى ان السفينة لو غرقت من موج ا
او ريح او نحوها لم يضمن كما في القهستاني وقال زفر والشافعي
لا يضمن لانه مامور بالعمل مطلقا وانه ينتظم التسليم والمعيب
وقلنا ان المقصود هو الصحيح دون المفسد فكان هو المأذون
دون غيره وفي شرح الوقاية لصدر الشريعة ينبغي ان يكون
المراد بقوله ما تلف بعمله عملا لا يجاوز فيه القدر المعتاد على
ما مر في الحجام او عملا لا يعتاد فيه لعقد او المعلوم لكن في
المنح نقلا عن العمادية مخالف لانه قالوا انه يهلك بفعله بان
تخرق بدقه او عصره يضمن عندنا خلافا لزفر والحمام
فان النزاع ونحوه لا يضمن ما هلك بفعله اذا لم يجاوز المعتاد
ومفاده ان الاجير المشترك يضمن ما هلك بفعله جاوز
المعتاد او لا لكن لا يضمن به اي بغرق السفينة الادمي ممن
مدّها ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كانت بسوقه
او قوده لان ضمان الادمي لا يجب بالعقد بل بالجناية وما
يجب بها يجب على العاقلة والعاقلة لا يتحمل ضمان العقود
وهذا ليس بجناية لكونه ماذونا فيه قيل هذا اذا كان
ممن يستمسك على الدابة بنفسه ويركب وحده والا فهو
كالمتاع والصحيح انه لا فرق ولا يضمن فصاد ولا بزاغ لم
يجاوز المعتاد فانه لا يجب الضمان اذا سرى الى النفس لانه
ليس بالوسع لعدم العلم بحصول الموت الا ان يجاوز
الموضع المعتاد لان ذلك غير ماذون فيه فيضمن الزائد
كله اذا لم يهلك ويضمن نصف الدية حتى ان الختان لو قطع وان هلك ح
الحشفة وبرئ المقطوع تجب عليه دية كاملة لان الزائد
هو الحشفة وهو عضو كامل فتجب عليه الدية كاملة

وان

وان مات وجب عليه نصف الدية لان النفس تلفت بما هو ماذون فيه و
غير ماذون فيه فيضمن نصف الدية وهو من اغرب المسائل
حيث يجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك وتفصيله في المنح فليطالع
سئل صاحب المحيط عن فصاد جاء اليه غلام وقال افصدني
ففصده فصدا معتادا فمات من ذلك السبب قال يضمن
الفصاد قيمة العبد ويكون على عاقلة الفصاد لانه خطأ
وكذلك الصبي يجب ديته على عاقلة الفصاد وسئل
عن رجل فصد نائما وتركه حتى مات من سيلان الدم قال
يجب عليه القصاص كما في الفصول العمادية ولو انكسر
دن في طريق الفرات ذكر الفرات للشهرة بالوزة والزيادة
بلا فائدة فللمالك ان يضمنه اي الحمال قيمته اي قيمة الدن
التي تقوم في مكان حمله ولا اجر له او ضمن قيمته في مكان
كسره وله اي للحمال الاجر بحسابه واما الضمان فلان السقوط
بالعثار وبانقطاع حبل وكل ذلك من صنيعه واما الخيار
فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع
تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه اخر وهو ان ابتداء
الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر
فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر
ما استوفى وفي الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا
كما في الهداية وثاني النوعين الاجير الخاص وهو من يعمل
لواحد فقيد صاحب الدرر بقوله عملا موقتا بالتخصيص
وقال لفوائد القيد عرفت مما سبق ويسمى اجير وحد ايضا
ويستحق الاجير الخاص الاجر بتسليم نفسه اي الاجير
مدته اي العقد سواء عمل او لم يعمل مع التمكن بالاجماع
كمن استوجر للخدمة او العمل المعينة سنة او لرعي الغنم لهذا

المستاجر دون غيره لان العقد ورد على منافعه وذكر الغنم
لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وصار كما لو باع
عبدا من رجل حيث لا يملك بيعه من اخر وفي شرح الوافي واعلم
انه استاجره ليرعى غنمه بدرهم شهرا فهو اجير مشترك الا ان
يقول ولا يرعى غنم غيري فحينئذ يصير اجير وحد وان استاجره
لرعي غنمه شهرا بدرهم فهو اجير وحد الا ان يقول ويرعى
غنم غيري وفي الذخيرة ولو استاجره يوما يعمل في الصحراء فقطع
الشتاء بعدما فهل للاجير في العمل لا اجر له لان تسليم النفس
في ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر وبه كان يفتي المرغيناني
كما في الشمني وفي المنح واذا هلك في المدة نصف الغنم او اكثر
من النصف فله الاجرة كاملة ما دام يرعى منها شيئا لان
المعقود عليه هو تسليم نفسه في المدة وقد وجد وليس
للراعي ان ينزي على شيء منها بغير اذن صاحبها لان الانزا حمل
عليها فان فعل فعطبت ضمن وان كان الفحل نزى عليها فعطبت
فلا ضمان عليه لانه بغير فعله كما في الجوهرة وفي العمادية
ثم الراعي اذا كان اجير وحد فماتت من الاغنام واحدة حتى لا يضمن
لا ينتقص من الاجر بحسابها لان الغنم لو ماتت كلها لا ينتقص
من الاجر شيئا انتهى وهو مخالف لقول الجوهرة ما دام يرعى
منها شيئا كما لا يخفى ولا يضمن الاجير الخاص ما تلف في يده
بان سرق منه او غاب او غصب او بعمله لان العين
امانة في يده بالاتفاق لانه لا يتقبل الاعمال الكثيرة
من الناس فلا يوجد العجز والتقصير في الحفظ بخلاف
الاجير المشترك اما ان كانكسار القدوم او تخرق الثوب
عند العمل اذا لم يتعمد الفساد لانه يتقبل الاعمال من
الخلق طمعا في الاجر فيعجز عن القيام فيجب عليه

الضمان

الضمان عندهما استحسانا لصيانة اموال الناس كما مر وفي
المنح الراعي اذا خلط الغنم بعضها ببعض فان كان يقدر على
التمييز لا يضمن ويكون القول قوله في تعيين الدواب
انها لفلان وان كان خلطا لا يمكن التمييز يكون ضامنا قيمتها
والقول في مقدار القيمة قول الراعي وتعتبر قيمة الاغنام
يوم الخلط فان دفع غنم رجل الى غير صاحبها فاستهلكها
المدفوع اليه واقر الراعي بذلك وصدق الراعي ولا ضمان
على المدفوع اليه او كان الراعي اقر وقت الدفع انها للمدفوع
اليه ولو ندت بقرة من الباقورة فخاف البقار انه لو تبعها
يضيع الباقي كان في سعة من ان لا يتبعها ولا ضمان عليه
بالاتفاق ان كان الراعي خاصا وان كان مشتركا فكذلك عند الامام
وعندهما يضمن وفي التنوير استاجر حمارا فضل عن الطريق
ان علم انه لا يجده بعد الطلب لا يضمن وفي الجواهر بقار ترك
البقور مع صبي ليحفظهن فهلكت بقرة وقت السقي بآفة
فان كان للصبي قدرة الحفظ لم يضمن والا يضمن ولو جاء البقار
بالابقار مع انه رد البقرة وادخلها القرية فطلبها صاحبها
ولم يجدها ثم وجدها بعد ايام في قرب الجبانة قد عطبت قالوا
ان كان العرف فيما بينهم ان البقار يدخل البقور في القرية
ولم يطلبوا منه ان يدخل كل بقرة في منزل صاحبها كان القول
قول البقار مع يمينه انه ادخل البقرة في القرية ولا ضمان
عليه وصح ترديد الاجر بالتسمية فصح ترديدا بين نفعين
مختلفين وايهما وجد لزم ما سمي له كقوله للخياط
ان خطته فارسيا فبدرهم او روميا فبدرهمين فاي
عمل من هذين العملين عمل يستحق المسمى هذا عند
الكل لانه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والاجر

ولا يقبل قول الراعي عليه كمدفوعه اليه ح

قد يجب بالعمل وعند العمل يرتفع الجهل وعند زفر والائمة
الثلاثة لا يجوز لجهالة المعقود عليه للحال وكذا لو قال
للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم او بزعفران فبدرهمين
هذا عندنا لكل امام وكذا لو قال للمستاجر ان سكنت هذه
الدار فبدرهم في الشهر او ان سكنت في هذه الدار فبدرهمين
وكذا لو قال ان ركبتها الى الكوفة فبدرهم او ان ركبتها الى
واسط فبدرهمين وقيل فيه احتمال الخلاف لان هذه
المسئلة ذكرت في الجامع الصغير مطلقا فيحتمل ان يكون
قول الكل او قول الامام خاصة وكذا يصح لو ردد بين
ثلاثة اشياء بان قال ان خطته فارسيا او روميا او
تركيا لا يصح بين اربعة اشياء كما في البيع فالجامع دفع
الحاجة غير انه يشترط خيار التعيين في البيع دون
الاجارة لان الاجرة انما تجب بالعمل واذا وجد يصير
المعقود عليه معلوما بخلاف البيع فان الثمن يجب
بنفس العقد فيبقى مجهولا ولو قال للخياط ان
خطته اليوم فبدرهم او ان خطته غدا فبنصفه فخاطه
اليوم فله الدرهم وان خاطه غدا فله اجر المثل لكن
لا يجاوز اجر المثل نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم
الثاني قال القدوري هي الصحيحة وفي الجامع الصغير لا
يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم هذا عند
الامام لان ذكر اليوم للتعجيل دون التوقيت ويدل
عليه هنا نقص الاجر بتأخير العمل فيبقى في اليوم
الثاني تسميتان احدهما درهم والاخرى نصف
والتسميتان في عقد واحد مفسدة فوجب اجر
المثل كما لو قال خط اليوم بدرهم او بنصفه فلا يكون

ذكر

ذكر اليوم للتاقيت اذ لو كان للتاقيت يفسد العقد لان
الاجتماع الوقت والعمل فيصير اجيرا مشتركا واجيرا
خاصا وانه لا يجوز وكذا لا يكون ذكر الغد للترفيه بل
يكون للتعليق فيجوز في الاول دون الثاني على ما مر
في اكثر الكتب ولو خاطه بعد غد فالصحيح انه لا يجاوز
به نصف درهم عند الامام واما عندهما فالصحيح انه
ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه وقالا الشرطان
جائزان حتى اذا خاطه اليوم فله درهم واذا خاطه غدا
فله نصف درهم لان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد
للتعليق فوجدت في كل واحد من وقتين التسمية
مقصودة فصار كعقد بين مختلفين في النوعين كالرومية
والفارسية وعند زفر الشرطان فاسدان وهو قول
الائمة الثلاثة لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد
للترفيه والتوسيع فيجتمع في كل يوم تسميتان ولو
قال ان سكنت بالتشديد من باب التفعيل هذا
الحانوت عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين
جاز عند الامام لانه خيره بين عقدين صحيحين
مختلفين والجهالة في العمل ترتفع عند المباشرة
خلافا لهما اي قالا لا يجوز لان المعقود عليه واحد
والاجران مختلفان ولا يدري ايهما يجب فلا يجوز
وبه قال زفر والائمة الثلاثة وكذا الخلاف بين
الامام وصاحبيه لو قال ان ذهبت بهذه الدابة
الباء للتعدية الى الحيرة فبدرهم وان جاوزتها الى
الحيرة منها الى القادسية فبدرهمين او قال ان حملت
عليها الى الحيرة كر شعير فبدرهم وان حملته كر بر فبدرهمين

فالعقد جائز فيهما عند الامام لما انه خير بين عقدين
صحيحين مختلفين كما في مسئلة الخياطة الرومية
والفارسية وعندهما لا يجوز وبه قال زفر والائمة الثلاثة
لان المعقود عليه وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول
والجهالة توجب الفساد ولا يجوز ان يسافر المستاجر
بعبد استاجره للخدمة بلا اشتراط اي بلا اشتراط السفر
لان في خدمة السفر زيادة مشقة فلا ينتظمها
الاطلاق وعلى معرف الناس فانصرف الى الحضر بخلاف
العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر لان مؤنته
عليه ولم يوجد العرف في حقه الا اذا اشترط ذلك او كان
وقت الاجارة متهيا للسفر وعرف بذلك فيجوز ولو سافر
العبد المستاجر بالعبد المستاجر ضمن قيمته لمالكه
اذا اهلك لانه صار غاصبا ولا اجر عليه وان سلم
لان الاجر والضمان لا يجتمعان ولو استاجر عبدا
محجورا فعمل العبد واخذ الاجر لا يسترده منه اي
لا يسترد المستاجر ما دفعه اليه لعمله من العبد المحجور
لانه هذه الاجارة بعد الفراغ صحيحة استحسانا لان
الفساد لرعاية حق المولى فبعد الفراغ رعاية حقه
في الصحة ووجوب الاجر له والقياس ان يسترده
لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وهو قول الائمة الثلاثة
وفي شرح الكنز للعيني وعليه اجر المثل وكذا الحكم في
الصبي المحجور عليه اذا اجر نفسه فالاجر له ولو اعتقه
المولى في نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد
فاجر ما مضى للسيد واجر ما يستقبل للعبد وان اجره
المولى ثم اعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فان

فسخ

فسخ الاجارة فاجر ما مضى للمولى وان اجاز فاجر ما
يستقبل للعبد والقبض للمولى واذا اهلك العبد
المحجور في حالة الاستعمال يجب عليه قيمته ولا يجب
عليه الاجر ولو اجر العبد المغصوب نفسه لا من
فاكل غاصبه اجره لا يضمن اي لا يضمن الغاصب ما اخذ
الاجر من يد العبد فاتلفه عند الامام لان الضمان
انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير
محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه فكيف
يحرز ما في يده كما لو اجره الغاصب فاخذ اجره فاتلف
حيث لا ضمان عليه بالاتفاق قيل يرده على المغصوب
منه وتصدقه اولى لتطرق خبث فيه خلافا لهما
اي قالا يضمن لان اكل مال المالك بغير اذنه لان
الاجارة تقع صحيحة بعد الفراغ على ما مر فيكون
الاجر راجعا الى مولاه وما وجد من الاجر بعينه اخذه
في يد العبد وغيره بالاتفاق لانه على ماله ولا يلزم
من بطلان التقوم بطلان الملك وقبض العبد اجره
من المستاجر صحيح بالاجماع لانه المباشر للعقد
فيخرج المستاجر عن عهدة الاجرة بالاداء الى العبد
ولو اجر رجل عبده هذين الشهرين اي شهرا
باربعة دراهم وشهرا بخمسة دراهم من غير تعيين
منهما صح العقد على الترتيب المذكور والاول ينصرف
الى ما يلي العقد تحريا للجواز فينصرف الثاني الى
ما يلي الاول لضرورة ولو استاجر عبدا فابق او مرض
يعني اذا استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في
اول الشهر ثم جاء اخر الشهر والعبد مريض او ابق

باربعة لانه لما قال شهرا باربعة

ولو اختلفا فادعى المستاجر وجوده اي وجود المرض او الاباق
اول المدة وادعى المولى وجوده قبيل الاخبار بساعة
حكم الحال اي يجعل الحال حكما بينهما فيكون القول قول
من يشهد له الحال مع يمينه لان القول في الدعاوي قول
من يشهد الظاهر وعن هذا قال فان كان العبد حاضرا
وقت الدعوى في صورة الاباق وصحيحا في صورة المرض
صدق المولى وحكم بانه ليس كذلك من اول المدة فيجب
الاجر والا اي وان لم يكن حاضرا وصحيحا وقت الدعوى
فالمستاجر اي يصدق المستاجر ويحكم بان مهن العبد
اداباقه من اول المدة وكذا الاختلاف في انقطاع
ما الرحى وجريانه اي وكذا لو قال الحكماء الطاحونة
ان كان جاريا والا فللمستاجر وفي الخلاصة رجل استاجر
رحى ما وبيته ومتاعها مدة معلومة باجرة معلومة
فانقطع الما سقط من الاجر بحسابه وان لم ينقض الاجارة
حتى عاد الما لزمته الاجارة وان اختلفا في نفس الانقطاع
يحكم الحال ولو قال رب الثوب امرتك ان تصبغه احمر
فصبغته اصفر وقال الصانع امرتني بما صنعته صدق رب
الثوب لان الاذن يستفاد من قبل رب الثوب فكان
اعلم بكيفيته فالقول قوله مع يمينه الا يرى لو انكر
الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته
وكذا الاختلاف في القميص والقباء بان قال رب الثوب
امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا والقول لرب
الثوب ايضا مع يمينه فان حلف رب الثوب ضمن
الصانع قيمة ثوب غير معمول اي صاحب الثوب
بعد الحلف مخير ان شا ضمنه قيمة الثوب غير معلوم

كان جاريا في المدة وقال
المستاجر لم يكن جاريا
فيها فالقول للمالك صح

و

٧١

ولا اجر له او اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى
على ما بينا من قبل وعن محمد انه يضمن له ما زاد الصبغ
فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن ابي ليلى القول قول
الصباغ وان قال رب الثوب عملته لي بلا اجر وقال الصانع
باجر فالقول لرب الثوب لانه ينكر تقوم عمل الصانع
لانه يتقوم بالعقد ولانه ينكر الضمان والصانع
يدعيه فالقول قول المنكر مع يمينه عند الامام
في القياس وعند الشافعي في قول واحمد القول
للقانع وعند ابي يوسف القول للصانع ان كان حريفا
اي معاملا بان سبق بينهما اخذ واعطا يلزم له الاجر
لان ما سبق من المعاملة يدل على انه يعمل باجر فقام
ذلك مقام الاشتراط في الاستحسان وعند محمد
القول للصانع ان كان معروفا بهذه الصنعة بالاجر لانه فتح
الحانوت لاجل الاجر جرى ذلك مجرى التنصيص على
الاجر اعتبارا للظاهر وفي الاستصحاب جواب الامام
عن استحسانيهما ان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق
وهنا يحتاج الى استحقاق الاجر والفتوى على قول محمد
كما في التبيين وغيره باب
فسخ الاجارة وجه التاخير عما قبله ظاهر اذ الفسخ
بعقب العقد لا محالة تفسخ الاجارة بعيب فوت
صفته عيب النفع كخراب الدار وانقطاع ما الارض
وما الرحى فان كلا منها يفوت النفع فيثبت خيار
الفسخ وفي الهداية ومن اصحابنا من قال ان العقد
لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها
فاشبه الاباق في البيع وعن محمد ان الاجر لو بناها

اي بعد الخراب ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص
منه على انه لا ينفسخ لكن اي العقد يفسخ وهو الاصح ولو
انقطع ما الرحى البيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من
الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه وفي التبيين
فاذا استوفاه لزمته حصته وفي الولوالجية رجل استاجر
ارضا لم يزرعها فزرعها ولم يجد الما ليسقيه فيبس الزرع
والمسئلة على وجهين اما ان يستاجرها بشربها او بغير
شربها ففي الوجه الاول سقط عنه الاجر لفوات التمكن
من الانتفاع وفي الوجه الثاني ان انقطع ما الزرع على
وجه لا يرجى فله الخيار وان انقطع قليلا قليلا ويرجى منه
السقي فالاجر عليه واجب ولو لم ينقطع الما لكن سال
الما عليها حتى لا يتهيا له الزراعة فلا اجر عليه لانه
عجز عن الانتفاع به وصار كما اذا غصبه غاصب وفي
الخانية رجل استاجر ارضا فانقطع الما قال ان كانت
الارض تسقى من ما الانهار لا شي على المستاجر وكذا ان كانت
تسقى بما السما فانقطع المطر او اخل عطف على قوله فوت به اي
بالنفع يعني ان العيب لا يفوت النفع بالكلية بل يخل به بحيث
ان ينتفع به في الجملة كمرض العبد ودبر الدابة الدبرة
واحدة الدبر بالفتح جراحة تحدث في ظهرها على الرحل
فان الاجارة تفسخ به ايضا وفي شرح الوقاية لابن
الشيخ ولا حاجة الى القضا ولا الى الرضا في الفسخ بعيب
فوت النفع بفوات النفع بتمامه ويحتاج الى القضا والرضا
بالعيب الذي يخل به عند عامة المشايخ لفوات النفع
على وجه يتصور عوده فلو انتفع المستاجر به اي بالمستاجر
معيبا ورضي بالعيب او ازال الموجر عيبه سقط خياره

اي خيار

كراس ٣٣
٣٣١

اي خيار المستاجر لحصول الرضى او التمكن من الانتفاع فيجب
عليه اجره كاملا وفي المنح وعمارة الدار المستاجرة
وتطيينها واصلاح الميزاب وما كان من البنا على رب الدار
فان ابى صاحبها كان للمستاجر ان يخرج من الدار الا ان
يكون المستاجر استاجرها وهي كذلك وقد راها لرضاه
بالعيب واصلاح بير الما والبالوعة والمخرج على صاحب
الدار بلا جبر عليه لانه لا يجبر على اصلاح ملكه فان فعل ما
ذكر من الاصلاح المستاجر فهو متبرع فيه فليس له ان
يحسبه من الاجرة وكذا تفسخ الاجارة بخيار الشرط
والرؤية عندنا خلافا للشافعي وتفسخ الاجارة بالعذر
عندنا لان المعقود عليه في الاجارة النفع وهو غير
مقبوض فيكون العذر فيها كالعيب قبل القبض في
البيع خلافا للشافعي لان العقد في الاجارة واقع
على الاعيان لتكون المنافع بمنزلتها عنده فتكون
الاجارة كالبيع فلا تفسخ بالعذر بل تفسخ بالعيب
وبه قال مالك واحمد وابو ثور وهو اي العذر العجز عن
المضي على موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به
اي بعقد الاجارة كقلع سن سكن وجعه اي السن بعد
ما استوجر له اي لقلع السن فان العقد ان بقي يلزم
قلع سن صحيح وهو غير مسمى بالعقد وطبخ وليمة ماتت
عروسه بعد الاستيجار للطبخ لها اي لوليمتها او طبخ
وليمة اختلعت عروسه بعد الاستيجار للطبخ لها فان
العقد ان بقي تضرر المستاجر باتلاف ماله في غير الوليمة
وكذا تفسخ لو استاجر دكانا ليتجر فيه فذهب ماله اي
مال المستاجر وافلس او اجر شيا فلزمه اي الموجر

دين لا يجد قضاه الا من ثمن ما آجره من دار
او دكان ولو وصلية باقراره اي ولو كان الدين باقرار
المؤجر لانه لو بقي العقد يلزمه الحبس لاجله حيث لا
يقدر ما لا سواه وهو ضرر زائد لم يستحق بالعقد
وفيه اشارة الى انه لو كان له مال غيره لا تنفسخ او
استاجر عبدا للخدمة في المصر او مطلقا اي بلا تقييد
بمصر فسافر المستاجر فانه حينئذ يثبت حق الفسخ
لان خدمة السفر اشق فلا تنتظمها وفي منع
المستاجر من السفر ضرر لم يستحق بالعقد ولو الحق
بقوله مطلقا لكان احصر واشمل للمصر تقديرا او اكترى
دابة للسفر ثم بدا له منه اي ظهر للمستاجر ما
يوجب المنع من السفر لاحتمال كون قصده سفر
الحج فذهب وقته او طلب غريم له فحضر او التجارة
فافتقر وغير ذلك فانه يثبت له حق الفسخ لانه لو مضى
على موجب العقد لزمه ضرر زائد ولو بدا للمكاري
منه اي ولو ظهر له ما يوجب المنع من السفر فليس
بعذر لانه لا يلزمه ضرر لانه يمكنه ان يقعد
ويبعث تلميذا او اجيرا ولو مرض المكاري فهو
عذر في رواية الكرخي لانه لا يعرى عن ضرر لان
غيره لا يشفق على دابته مثله وهو لا يمكنه الخروج بخلاف
ما اذا لم يمرض دون رواية الاصل لما ذكرنا وفي
المبسوط الفتوى على الاول فهذا الاختيار لم
يتقدمه ولو استاجر خياطا يعمل لنفسه لا لغيره
عبد الخيط له اي للخياط فافلس الخياط فهو عذر
لانه يلزمه الضرر على موجب العقد لفوات
مقصوده

مقصوده وهو راس ماله بخلاف خياط يخيط بالاجر
فانه ليس له بعذر لان راس ماله الخيط والمخيط
والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وبخلاف تركه الخياطة
الخياطة ليعمل في الصرف حيث لا يكون عذرا لانه
يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية من الدكان
وهو يعمل في الصرف في ناحيته وبخلاف بيع ما اجره
فان هذا ليس بعذر للفسخ بدون لحوق دين
لامكان استيفاء المستاجر المنفعة على ملك المشتري
كما يستوفيها والعين على ملك البائع كما في الشمني
وقال ابو المكارم وهل يجوز البيع اختلف الروايات
فيه في الكافي قال الامام السرخسي الصحيح ان
البيع موقوف على سقوط حق المستاجر وليس للمستاجر
ان يفسخ البيع وهو اختيار صدر الشهيد وفي
الخانية هو اصح الروايات وفي الجامع الصغير كما
ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا
يشير الى انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي وفي
الزيادات ان الامر يرفع الى الحاكم ليفسخ الاجارة
لانه فصل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضي
كالرجوع في الهبة قال السرخسي هذا هو الاصح
ومنهم من فرق فقال ان كان العذر ظاهرا انفسخت
والا فيفسخها الحاكم قال قاضي خان والمحبوبي فهو الاصح
ولو استاجر دكانا لعمل الخياطة فتركه اي عمل الخياطة
لعمل آخر فهو عذر تفسخ به الاجارة لان الواحد لا يمكنه
الجمع بين العملين بخلاف ما استاجر الخياط عبدا
ليخيطه فترك الخياطة لعمل الصرف لان العامل ثمة

شخصات فامكنه كما في الهداية وفي الزايد فيه بحث لانه
يمكن ان يعمل العمل الاخر فيه مكان عمل الخياطة
فلا يلزم الجمع بين العملين انتهى لكن يمكن الجواب
بان المكان الذي يعمل فيه الخياطة لا يمكن ان يعمل
فيه عمل اخر في اكثر البلاد عادة فيلزم العذر
وكذا لو استاجر عقارا ثم اراد السفر فهو عذر
لما فيه من المنع عن السفر وفيه ضرر تعطيل مصالح
السفر او الزام الاجر بدون الانتفاع بخلاف ما ان
اجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه
استيفا المنفعة بعد غيبة الموجر وتنفسخ الاجارة
بلا حاجة الى الفسخ بموت احد المتعاقدين اي احد
من الاجر والمستاجر وعند الايمة الثلاثة لا تبطل
بموت احدهما ولا بموتهما كالبيع ولنا ان المنافع
والاجرة صارت ملكا للورثة والعقد السابق لم يوجد
منهم فينتقض عقدها لنفسه فالجملة حال عن احد
اي حال كون احد المتعاقدين قد عقدها لنفسه
او صفة لعدم تعرفه بالاضافة على طريقة قوله
ولقد امر على اللئيم يسبني لان المعرف بلام العهد
الذهني وما اضيف اليه في حكم النكرة فان عقدها
اي الاجارة لغيره فلا تنفسخ الاجارة بموته كالوكيل
يعقدها للموكل والوصي وكذا الاب والقاضي
يعقدها لمحجوره ومتولي الوقف يعقدها للوقف
لان الموجر والمستاجر باقيان فلا يلزم ما مر
من عدم الجواز لانعدام الانتقال حتى لو مات
المعقود عليه بطلت ولو مات احد المستاجرين

او احد

او احد الموجرين بطلت الاجارة في نصيبه وبقيت في
نصيب الاخر وقال زفر تبطل في نصيب الحي ايضا لانها
اجارة المشاع ولنا ان عدم الشيوع شرط في ابتدا
العقد لا في بقايه مسايل شتى منثورة اي هذه
مسايل متفرقة على ابواب الاجارة قد تداركها
وجمعها في اخر الكتاب ولو احرق المستاجر حصايد
ارض مستاجرة او مستعارة وهي جمع حصيدة وهي
ما يحصد من الزرع والنبت والمراد بها هنا ما بقي من
اصول القصب المحصود في الارض فاحترق بسببه شي
في ارض غيره لا يضمن لانه غير متعد في التسبيب فلم
يوجد شرط الضمان لان فعله وقع في ملك نفسه لكن
حين يلقى في جاره فوقع النقصان لا ضمان عليه انته
لان الريح هادية حين اوقد النار ثم تحركت لانه
لا صنع له والهادية من هدا بالهمز اي سكن وفي
بعض النسخ هادنة من هدن اي سكن وان كانت
الريح مضطربة يضمن لانه قد فعل مع علمه بعاقبته
فافضى اليه فجعل كمباشر وهذا القول الذي ذكره
من تفصيل الهادية والمضطربة اختيار شمس
الايمة السرخسي كما في اكثر المعتبرات وفي التنوير
بنى المستاجر تنورا او دكانا في الدار المستاجرة واحرق
بعض بيوت الجيران او الدار لا ضمان عليه مطلقا
اي سوا بنى باذن صاحب الدار او لا الا ان يجاوز
ما يصنعه الناس وفي التتمة لو وضع جمرة في
الطريق فاحرقت شيا ضمن لانه متعد بالوضع
ولو رفعته الريح الى شي فاحرقته لا يضمن لان الريح

سنحت فعليه ولو اخرج الحداد الحديد من الكير في دكانه
فوضعه على العلاة وضربه بمطرقة وخرج شرار النار
الى طريق العامة واحرق شيئا ضمن ولو لم يضربه ولكن
اخرج الريح شيئا لم يضمن ولو سقى ارضه سقيا لا تحمله
الارض فتعدى الى ارض جاره ضمن ولو اقعد خياط
او صباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف
صح هذا العقد لان صاحب الدكان قد يكون ذا جاه
وحرمة ولا يكون حاذقا في العمل فيقعد حاذقا
يطرح عليه العمل وكان القياس ان لا يجوز لانه
استاجره بنصف ما يخرج من عمله فهو مجهول
لكن جاز استحسانا لان احدهما يتقبل العمل بالوجه
بالوجاهة والاخر يعمل بالحذاقة فيه لكي ينتظم
في المصلحة ولا تضره الجهالة الحاصلة من الكسب قيل
لان تخصيص العمل باحدهما لا ينفيه على نفي العمل
من الاخر فاذا تقبل احدهما العمل والاخر يعمل يكون
كما يجوز في شركة الصنائع والتقبل لعدم الجهالة
المفضية الى النزاع قال صاحب الهداية هذه شركة
الوجوه وقال العيني في شرح الكنز وفيه نظر لان
شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا بوجوههما
ويبيعا وليس شيء من هذه بيع ولا شرا فكيف
يتصور ان تكون شركة الوجوه انتهى لكن يمكن
بان مراد صاحب الهداية بشركة الوجوه ليس
ما هو المصطلح عليه المار في كتاب الشركة بل
مراده بها ههنا ما وقع فيه تقبل العمل
بالوجاهة يرشدك اليه قوله هذا بالوجاهة

يقبل

يقبل وهنا بالحذاقة يعمل ويمكن توجيه اخر انه اطلق عليه
شركة الوجوه تغليبا لجهة الوجاهة على جهة العمل
لكونها سببا تامل وكذا صح لو استاجر جملا يحمل عليه
محملا وراكبين يقعدان فيه الى مكة استحسانا لان
المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما
فيه من الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد فلهذا قال
ولها اي للمستاجر المحمل المعتاد بين الناس والقياس
ان لا يجوز لجهالته وبه قال الشافعي وان شاهد
الجمال المحمل فهو اجود لانه اقرب لحصول الرضى وان
استاجره اي الجمل لحمل زاد فاكل المستاجر منه اي من
الزاد في الطريق فله اي للمستاجر رد عوضه اي عوض
ما اكل لان للمستحق اي عوض ما اكل لان المستحق عليه
حمل معلوم في جميع الطريق فله استيفاؤه وعند
الشافعي في الاظهر لا يرده ولو شرط رده صح بالاجماع
ولو شرط عدمه لا يصح بالاجماع ولو قال لغاصب
داره فرغها اي الدار والا اي وان لم تفرغ فاجرها
كل شهر كذا فلم يفرغ الغاصب بعد ذلك بل مكث فيها
اياما فعليه اي الغاصب المسمى الذي سماه له المالك
من الاجر لوجود الالتزام بسبب عدم التفريغ فان
جحد الغاصب ملكه اي الاخر وجحد اي كون الدار ملكه
من يدعيها او لم يجحد لكن قال لا اريدها اي الدار
بالاجرة فلا عليه المسمى لانه حينئذ لا يكون ملتزما
بالاجارة وان وصلية برهن المدعي على ملكه بعد
جحده اي بعد جحد الغاصب لان البينة بعد ذلك
لا تفيد في حق الاجارة وكذا لا يلزم عليه الاجير

اذا اقر بالملك لكن قال له لا اريد بالاقرار الاجارة بعد عدم
رضابه متمسكا بالاجارة ومن اجر ما استاجره باكثر
من الاجر الاول يتصدق بالفضل لانه ربح ما لم يقبض
وعند الشافعي يطيب له الفضل هذا اذا كانت الاجرة
الثانية من جنس الاولى لانه لو لم تكن من جنسها
طاب الفضل اتفاقا ذكره الطحاوي كما في شرح المجمع قال
الولي حسن وجاز للمستاجر ان يوجر الاجير من غير
موجره ولا يجوز ان يوجره لموجره لان الاجارة
تمليك المنفعة والمستاجر في حق المنفعة قائم مقام
الموجر فيلزم تمليك المالك وفي المنح تفصيل فليراجع
وفي البزازية وكله لاستيجار دار ففعل وقبض الوكيل
ولم يسلمها الى الموكل حتى مضت المدة رجع الوكيل
بالاجر على الامر وكذا ان شرط تعجيل الاجر وقبض
الوكيل ومضت المدة ولم يطلب الامر وان طلب
الامر وابى ليعجل لا يرجع وتصح الاجارة حال كونها
مضافة الى زمان في المستقبل بان قال مثلا
اذا جاء راس الشهر فقد اجرتك هذه الدار بكذا الى
سنة هذا عندنا لان مطلقها يقع مضافا لان انعقادها
يتجدد بحسب ما يحدث من المنفعة على ما عرف
موضوع العقد اوفى بالجواز بخلاف الشافعي لان
المنفعة عنده كالعين فاشبه بيع العين وكذا
يصح فسخها اي فسخ الاجارة كما اذا قال فسختك
هذه الاجارة راس الشهر الاتي ولو قال اذا جاء
راسه فقد فسختك لم يجز وقال السرخسي جاز
والفتوى على الاول وفي العمادي انه لا يصح اجماعا
وكذا

وكذا تصح المزارعة والمعاملة اي المساقاة ايضا بالاضافة
كما اذا قال دفعت اليك هذه الارض والاشجار للزراعة
او العمل فيها بعد شهر من هذا الوقت لان كلا منهما
اجارة وكذا المضاربة كما اذا دفع عشرة دراهم الى
فلان وقال بعد ما صارت العشرة عشرين اعمل به
مضاربة بالنصف فانه لم يصر مضاربا الا عند
صيرورتها عشرين درهما والوكالة كما اذا قال بع
عبدي غدا فانه يصير وكيلا لا يصح تصرفه الا بعد
الغد واختلف في العزل تعليقه وصح الرجوع اجماعا
بشرط علم الوكيل لانها من باب الاطلاق كالطلاق
والعتق والوقف والكفالة بان قال ما ذاب لك على
فلان فعلي لانها التزام المال ابتداء فيجوز اضافتها
والايصاء اي جعل الغير وصيا بان قال اذا مت فانت
وصيي فيها اخلف اذ الايصاء لا يتصور في الحال الا
اذا جعل مجازا عن الوكالة والوصية بان قال فثلث
مالي لفلان لانها تمليك بعده والقضاء والامارة
كما بينا في القضاء والطلاق بان قال لامرأته ان
قدم فلان فانت طالق لا تطلق حتى يجيء والعتق بان
قال لعبده انت حر اذا جاء الشهر والوقف كما اذا
قال ارضي هذه موقوفة غدا وفي القهستاني
وتصح العارية والاذن في التجارة مضافا فيبنى كما
في العمادي وفيه اشعار بانه لم يصح تعليق كل منهما
وقد صح تعليق المزارعة والمساقاة كما في النهاية وينبغي
الا لا يصح فسخ كل منها عن الاجارة مضافا فانها لا يصح
كل واحد من البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة

والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابرا الدين دال
كونه مضافا الى زمان في المستقبل لان هذه الاشيا
تمليك وقد امكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة
وفي التنوير وفسخ العقد بعد تعجيل البدل فللمعجل حبس
البدل حتى يستوفي مال البدل كما في التبيين ~
استاجر مشغولا وفارغا صح في الفارغ فقط المستاجر
فاسدا اذا اجر صحيحا جازت وقيل لا وفي الغرر المستاجر
لا يكون خصما لمدعي الاجارة والرهن والشرا بخلاف
المشتري والله تعالى اعلم

كتاب المكاتب

اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة قلنا سببه
ان كل واحد عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال
على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول
بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع ~
والهبة والطلاق والعتاق يعني قولنا بمقابلة ما
ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقولنا
بطريق الاصالة خرج به النكاح والعتاق على مال
فان ذكر العوض فيه ليس بطريق الاصالة وقيل
الانسب ان يذكر عقيب العتاق على مال لان الكتابة
مآلها الولا والولا حكم من احكام العتق ايضا لكن لا نسلم
ذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض ~
والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الشخص ومنفعة
لغيره وهو انسب للاجارة لان نسبة الذاتيات
اولى من الوصفيات كما في العناية لكن في حاشية
المولى سعدي كلام فليطالع والمكاتب هو مفعول
من كاتب مكاتبة والمولى مكاتب بكسر التا واصله

من الكتب

من الكتب وهو الجمع ومنه كتبت القربة اذا خرزتها شر
والكتيبة هي الطائفة المجتمعة من الجيش والكتاب لانه
يجمع الابواب والفصول والكتابة لانها جمع الحروف
وسمي هذا العقد كتابة ومكاتبة لان فيه ضم حرية
اليد الى حرية الرقبة او لان فيه جمعا بين نجمين ~
فصاعدا او لان كلا منهما يكتب الوثيقة الكتابة في
اللغة مصدر كتب وفي الشرع تحرير المملوك يدا اي من
جهة اليد في الحال ورقبة اي من جهة الرقبة في المال
اي في المستقبل لان المكاتب لا يتحرر رقبة الا اذا ادى
بدل الكتابة واما في الحال فهو حر من جهة اليد
فقط حتى يكون احق بكسبه ويجب على المولى الضمان
بالجناية عليه او على ماله ولهذا قيل المكاتب طار
عن ذل العبودية ولم ينزل في ساحة الحرية فصار
كالنعامة ان استطير تباعر وان استحمل تطاير ثم شرط
الكتابة ان يكون الرق قائما بالمحل وان يكون البدل
معلوم القدر والجنس وسببه رغبة المولى في بدل
الكتابة عاجلا وفي ثواب العتق اجلا ورغبة العبد
في الحرية وركنه الايجاب والقبول وحكمه من جانب
العبد فكاك الحجر وثبوت حرية اليد في الحال حتى يكون
العبد احق بنفسه وكسبه من مولاه والفاظه
كاتبتك على كذا او ما يقوم مقامه فمن كاتب مملوكه
ولو وصلية صغيرا يعقل وقيده لانه اذا لم يعقل العقد
لا يجوز اتفاقا لانه ليس باهل للقبول والعقد
موقوف عليه حالا بان يؤدي البدل عقيب
العقد او مآلا مؤجلا بان يؤدي كله في مدة معلومة

عقيب العقد

اوبمال منجم بان يودي في كل شهر مقدارا معلوما من
البدل اولي بالاداو كما في الكفاية حيث قال وكون بدلها
منجما ومؤجلا فليس بشرط عندنا تدبر فقبل المملوك
ذلك صح العقد عندنا لاطلاق قوله تعالى فكاتبوهم
ان علمتم فيهم خيرا الاية فتناول جميع ما ذكرنا من الحال
والمؤجل والمنجم والصغير والكبير وكل من نبا في عنه
الطلب ولانه عقد معاوضة والبدل معقود عليه
فاشبه الثمن في عدم اشتراط القدرة عليه لان توهم
القدرة كاف هنا كما في البيع وقيل يمكن ان يستقرض
فيقدر على الادا ولو كان مديونا للغير وقال الشافعي
لا يجوز كتابة الصغير لانه ليس باهل للتصرف
وكذا لا يجوز عنده الا منجما واقله نجمان ليتمكن من
التحصيل اذ القدرة على التسليم شرط لصحة العقد
لكن قيد التاجيل زيادة على النص فيرد كما في سائر
المعاوضات فالامر في هذه الاية ليس امر ايجاب
باجماع بين الفقها وانما هو امر ندب هو الصحيح
وفي الحمل على الاباحة الغا الشرط اذ هو مباح بدونه
واما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على
ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان
يضر بهم فالافضل انه لا يكاتبه وان كان يصح لو
فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه
فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل
لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار
فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف

الصحابة

الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد رضي الله
عنه ويعتق باداه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر
لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع
خلافا للشافعي ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع كما
في الهداية وقال الشافعي يجب عليه حط ربع البدل
وكذا لو قال المولى جعلت عليك الفا تؤديه نجوما اي متفرقا
على النجم اوله كذا اي اول النجم كذا من الدرهم واخرها كذا
منها فاذا اديته اي الالف فانت حر وان عجزت فقن
اي فانت قن على حالك فقبل العبد ذلك صح العقد
وصار مكاتبا والقياس ان لا يجوز لان فيه تعليق
العتق باداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان
ان العبرة للمعاني وقد اتي بمعنى الكتابة مفسرا
فينعقد به فقيل قوله جعلته عليك يحتمل عقد الكتابة
ويحتمل الضريبة على العبد فلا يتعين جهة الكتابة
الا بقوله فان اديته فانت حر فيكون قوله وان عجزت
فقن حثا للعبد على الاداء ولو قال المولى اذا اديت الي
الفا كل شهر مائة فانت حر فهو تعليق يكون اعتاقا
بالمال لا بالكتابة في رواية ابي حفص قال فخر الاسلام
وهو الاصح لان التنجيم ليس من خواص الكتابة حتى
يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون وقد
تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ مختص بالكتابة
ليكون تفسيرا لها فلا يكون مكاتبا وقيل مكاتبة وهي
رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب لانه
يستعمل للتيسير وذلك في الاداء ولا يجب المال الا بالكتابة
لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة

واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى لان موجب
الكتابة مالكية اليد في حق المكاتب ولهذا ليس له المنع
من الخروج والسفر دون ملكه اي لا يخرج من ملك المولى
لما رويناه ثم فرع عليه بقوله فان اتلف المولى ماله اي مال
المكاتب ضمنه اي ضمن المولى ما اتلفه لكونه اجنبيا في مال
كسبه وكذا ضمن ان وطي المولى المكاتبة اي يغرم العقر لانها
خرجت بعقد الكتابة من يد المولى فصار كالاجنبي في حق
نفسها او جنى المولى عليها اي على المكاتبة او على ولدها
اي يغرم للمولى ارش الجناية لها ولولدها لكونه اجنبيا
في حقها وفي ولدها وان كاتبه اي كاتب المولى عبده على
قيمته بان قال كاتبتك على قيمتك فسدت الكتابة
لان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت
الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولان
الكتابة على القيمة تنصيص على ما هو موجب العقد
الفاسد لانه موجب للقيمة فان اداها اي القيمة عتق
العبد لكونها بدلا معنى وكذا تفسد الكتابة لو كاتبه على
عين لغيره بان قال كاتبتك على هذا العبد وهو مملوك
لغيره يتعين صفة تتعين بالتعيين كالثوب والعبد
وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين في ظاهر
الرواية لعدم القدرة على تسليم ملك الغير وعن الامام
جوازه ان قدر على تسليمها بان يملكها وفيه اشارة الى انه
لو كاتبه على دراهم او دنانير بعينها وهي لغيره جاز لانها لا
تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة
لا بدراهم الغير فيجوز او على مائة دينار ويرد السيد عليه
اي على العبد عبدا غير معين اي لو كاتبه على مائة على

ان يرده

ان يرده سيده عبدا بغير عينه بان قال ادّ الي مائة دينار
على ان تأخذ مني عبدا بغير عينه فانت حر فالكتابة
فاسدة عند الطرفين بناء على ان استثناء العبد من المائة
لا يصح لانعدام شرطه وهو المجانسة وانما يصح استثناء
قيمته ولكنها مجهولة لاختلاف المقومين فيها وعند ابي
يوسف يجوز الكتابة وتقسم المائة على قيمة المكاتب
وقيمة عبد وسط فيسقط قسط العبد اي حصته
باقيا في حق المائة بعد حصته بدل الكتابة يعني اذا
كان بدل الكتابة مائة وقيمة المكاتب خمسين وقيمة
العبد خمسين يجب على المكاتب اداء خمسين ويسقط
خمسون لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز
استثناؤه وهنا يجوز الكتابة على عبد فكذا
يجوز استثناؤه وهذا اي في عبد غير معين حتى لو
شرط ان يرد عبدا بعينه صح اتفاقا وان
كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير فسد العقد سواء
كان العبد مسلما او كافرا لانه ليس بمال في حق المسلم فلا يصلح
للعوض في عقد المسلم وكذا لو كان المولى ذميا
والعبد مسلما لان اسلام احد الطرفين يمنع صحة
العقد فان اداه اي ان ادى المكاتب الخمر او الخنزير
عتق العبد ولزمه قيمة نفسه في ظاهر الرواية
سوا اي بالشرط بان قال ان اديت الخمر فانت حر
او لم يقل به لانهما مال في الجملة وان لم يكن لهما
قيمة في حق المسلمين وقال زفر لا يعتق الا باداء
قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة
هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق باداء

لعل العبارة معينا

الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو
البدل معنى وعن الطرفين انه يعتق باداء القيمة
ايضا لانه هو البدل عين الخمر اذا قال ان اديتها
الي فانت حر باعتبار انه معلق بالشرط وقد وجد
الشرط والكتابة على ميتة او دم باطلة لانهما
ليسا بمال اصلا عند احد فلا يعتق باداء المسمى لعدم
انعقاد الكتابة ببطلانه فلا يلزم على المكاتب
شي ولا الاجنبي دون لو علق العتق باداءهما عتق
بالاداء لوجود الشرط فيجب القيمة اي قيمة العبد
في الكتابة الفاسدة لان المولى يرد رقبته
لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فوجب رد قيمته
بالغة ما بلغت لان المولى لم يرض بالنقصان لكن العبد
رضي بالزيادة لئلا يبطل حقه في العتق لان
عتقه اولى من الرقية في اخر عمره وعن هذا قال
ولا ينقص القيمة عن المسمى لما مر ان المولى لم يرض
بالنقصان ويزاد القيمة عليه اي على المسمى
ان كانت زائدة عليه فيسعى في قيمة نفسه
بالغة ما بلغت ظاهره وقيل هذه المسئلة متعلقة
بمسئلة الخمر لان بدل الكتابة في الفاسدة هو
قيمة المكاتب وقيل هذه مسئلة مبتداة لا تعلق
لها بمسئلة الخمر لان وضع المسئلة فيما اذا كاتب عبده
بالف على ان يخدمه ابدا فالعقد فاسد فتجب
القيمة فان كانت ناقصة عن الالف لا تنقص وان
زائدة زيدت عليه وقيل هذه المسئلة لها
نوع تعلق بما قبلها غير مختصة لان القيمة في الكتابة
الفاسدة

الفاسدة من جنس المسمى فقيمة المكاتب ان كانت ناقصة
عن المسمى لا تنقص منه وان زائدة زيدت عليه
وصحت الكتابة على حيوان ذكر جنسه فقط كالعبد
والفرس لا وصفه كالجيد والردي ولا بد للمصنف
ان يذكر النوع بان يقول ولا نوعه كما في اكثر المعتبرات
لان الكتابة بدون ذكر النوع كالتركي والهندي
جايزة لانها مبادلة مال بمال من حيث ان العبد مال
في حق المولى ومبادلة مال بغير مال من حيث ان
العبد ليس بمال في حق نفسه فتتم الكتابة بين
الجواز والفساد فتحمل على الجواز فالجهالة مع ذكر
الجنس لا تضر لكونها يسيرة لان مبناها على المسامحة
وقال الشافعي لا يجوز هذا العقد للجهالة ولزم
المكاتب الوسط اي الحيوان الوسط او قيمته لان كل
واحد اصل من وجه فالعين اصل تسمية والقيمة
اصل ايضا لان الوسط لا يعلم الا بها فاستويا ويجبر
ويجبر المولى على قبول ما ادى وصح كتابة كافر عبده
الكافر بخمر مقدر لانها مال عندهم بمنزلة الخل عندنا
وانما قال مقدر ولم يقل مقدرة بناء على ما قال صاحب
القاموس انه قد يذكر واي من السيد وعبده اسلم
فللسيد قيمتها اي قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك
الخمر وتملكها وعتق العبد باداء عينها اي الخمر لان الكتابة
عقد معاوضة وسلامة احد العوضين لاحدهما توجب
سلامة العوض الاخر للاخر واذا ادى الخمر عتق ايضا
لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء الخمر اذ هي المذكورة
في العقد كما في الرمز وشرح الطحاوي والتمرتاشي

لو ادى الخمر لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق وفي الدر ولو كاتبه
على خدمته شهرا للمولى او لغيره او حفر بير او بناء دار اذا
بين قدر العمق والاجر بما يرفع النزاع ولا تفسد
الكتابة بشرط الا ان يكون في صلب العقد باب
تصرف المكاتب اي للمكاتب ان يبيع ويشتري ويسافر
لانه لا يقدر على تحصيل البدل الا بها وقوله وان وصلية
شرط عدمه اي عدم سفر المكاتب متصل بما قبله اي له
ان يسافر وان شرط عليه المولى ان لا يخرج من البلد
استحسانا لكونه شرطا مخالفا لمقتضى عقد الكتابة وعند
مالك والشافعي في قول لا يسافر الا باذن وهو القياس
ويزوج امته اي للمكاتب ان يزوج امته لان الانكاح لما مر
من باب الاكتساب باخذ المهر والخلاص عن نفقتها وله
ان يكاتب عبده او امته استحسانا لكونها اكتسابا
باخذ بدل الكتابة ايضا فيكون داخلا في العقد كالبيع
بل هو انفع منه لان الكتابة لا تزيل الملك الا بعد وصول
البدل والبيع يزيل قبل وصوله وقال زفر ليس له ذلك
وهو القياس وبه قال الشافعي واحمد لان المال هو
العتق والمكاتب ليس من اهله فان ادى المكاتب الثاني
الكتابة بعد عتق المكاتب الاول فولاؤه اي المكاتب
الثاني له اي للمكاتب الاول لانه صار اهلا بعد
العتق وان ادى الثاني بدل الكتابة قبل اي قبل عتق
المكاتب الاول فللسيد اي ولاء المكاتب الثاني لسيد
المكاتب الاول لا للمكاتب الاول لتعذر جعل المكاتب معتقا
له لعدم اهلية الاعتاق فيخلفه فيه اقرب الناس اليه
وهو مولاه ولو ادى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء
اليه

اليه لان المولى جعل معتقا والولا لا يتحول عن المعتق
الى غيره ولو اديا معا فولاؤهما للمولى لكونه اصلا وليس
له اي للمكاتب ان يتزوج بلا اذن من المولى لانه ليس
من الاكتساب لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة
ويجوز باذنه لان الحجر لاجله فاذا اذن جاز ولا ان يهب
لانها تبرع ولو وصلية بعوض لانها تبرع ابتداء ولا ان
يتصدق لانه تبرع ايضا الا بيسير منهما لانه من ضرورات
التجارة ولا يكفل مطلقا سواء كان في المال او في النفس
بامر او بغير امر لانها تبرع محض ولا يقرض ولا يعتق ولو
وصلية بمال لانه ليس باهله ولا يزوج عبده لانه
تعييب له وتنقيص لماليته لكونه شاغلا لرقبته بالمهر
والنفقة ولا يبيعه من نفسه لان بيع العبد من نفسه
اعتاق فلا يملكه والاب والوصي في رقيق الصغير الذي
تحت حجرهما كالمكاتب في التصرفات المذكورة من تزويج
الامة وكتابة رقيق الصغير لا على اعتاقه على مال
ولا بيعه من نفسه ولا تزويج عبده ولا يملك العبد
الماذون شيئا من ذلك عند الطرفين وعند ابي يوسف
له اي للماذون تزويج امته وعلى هذا الخلاف المضارب
والشريك شركة عنان ومفاوضة لهما انهم لا يملكون
شيئا مما ذكر وانما يملكون التجارة والتزويج والكتابة
ليسا منها ولهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال
والبضع ليس بمال وكذا الكتابة لانه لما لم يقابل
بفك الحجر في الحال وهو ليس بمال فلا يملكونه وله
انهم يملكون تزويج الامة لان فيه منفعة على ما
بينا وان اشترى المكاتب قريبه ولادا دخل في كتابته

لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن اهلا للعتق فيجعل مكاتبا
معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان فيدخلون في مكاتبته
تبعا له واقواهم دخولا الولد المولود في الكتابة يكون حكمه
كحكم ابيه حتي اذا مات ابوه ولم يترك وفاء يسعي علي نجوم
ابيه والمشتري يؤدي بدل الكتابة حالا او لا يرد في الرق
والوالد الا ان يؤدي ان في الرق كما مات والاولاد يان حالا او لا
مؤجلا ولو اشتري المكاتب ذا رحم محرم غير الولاد كالاخ
وابنه والعم وابنه لا يدخل فيجوز له بيعه عند الامام
لان المكاتب لا ملك له حقيقة الا انه يقدر علي الكسب
فالمكاتب مثل كاسب وهذه القدرة تكفي للصلة في
قرابة الولاد لا في غيرها ولذا يجب نفقة الاولاد
والوالدين علي من يقدر علي الكسب ولو كان فقيرا
واما نفقة الاخ والعم فيجب علي الغني لا علي الكاسب
الفقير خلافا لهما فانهما قالا يدخل في كتابته بالشراء
فلا يجوز بيعه لان وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمية
ولذا يعتق علي الحر كل ذي رحم محرم ويجب نفقتهم عليه
ولا يرجع فيما وهب لهم ولا تقطع يده اذا سرق منهم
ونحو ذلك من الاحكام وعند الائمة الثلاثة لو اشتري
بلا اذن السيد لا يكاتب ولا يصح شراؤه وبلا اذن ذي
هذه المسئلة تذكر في العتاق فلو اقتصر علي احديهما
لكان احسن وان اشتري المكاتب ام ولده اي امراته
المنكوحة المملوكة الغير مع ولدها منه دخل الولد في
الكتابة تحقيقا للصلة كما مر ولا يباع الام لان الولد
لما دخل في كتابته امتنع بيعه فتتبعه امه في امتناع
البيع فامتنع بيعها لانها تبع له قال عليه السلام

اعتقها

اعتقها ولدها ولا تدخل في كتابته حتي لا تعتق ولم ينفسخ
النكاح لانه ملكها فجاز له ان يطاها بملك النكاح وكذا
المكاتبة اذا اشترت زوجها عن ابي حنيفة ان تبيعه كيف
ما كان لان الحرمة لم تثبت من جهتها كما في الشيئين واذا لم
يكن الولد معها اي مع ام الولد جاز بيعها لعدم دخولها
في كتابته قياسا عند الامام لان ما اكتسبه المكاتب
متردد بين ان يؤدي وبين ان يعجز فان ادي الكل
تقرر له وان عجز يتقرر للمولي فلا يتعلق به ما لا يحتمل
الفسخ هو امومية الولد خلافا فانهما قالا عندهما لا يجوز
بيعها لكونها ام ولده وبه قال الشافعي في قول وولده
اي ولد المكاتب من امته يدخل في كتابته لانه بالدعوة
ثبت نسبه منه فيتبعه في الكتابة وكسبه اي كسب الولد
له اي للمكاتب لانه في حكم مملوكه فكان كسبه له وكذا المكاتبة
اذا ولدت ولدا فالحكم كما سبق ولو زوج المكاتب امته من
عبده ثم كاتبهما اي كاتب المكاتب العبد والامة فولدت
الامة يدخل الولد في كتابة الام وكسبه لها اي كسب الولد
لها اي للام لان تبعية الام ارجح ولذا يتبعها في الحرية
والرق كما في العتاق حتي لو قتل الولد تكون قيمته
للام دون الاب ولو نكح اي تزوج مكاتب بلا اذن
اي باذن المولي امراة نكحت امرها بغير اذن اي لم تستحق المكاتب
فاستحقت اي ثم استحقت بولدها فولدها عبد وكذا
اذا ولدت من عبد فولدها عبد عند الشيخين لكونه
مولود من المملوكين فيكون رقيقا اذ الولد يتبع
الام في الرق والحرية كما مر وهو القياس وتركنا
هذا في ولد الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم لان حق

المولي مجبور بقيمته واجبة فهي بخلاف ولد المكاتب والعبد
لان قيمته متأخرة الي العتق هكذا ذكروا هنا لكن في
التبيين هذا مشكل جدا فان دين العبد لزمه بسبب
اذن فيه المولي يظهر في حق المولي ويطالب به للحال
والموضع هنا مفروض فيما اذا كان باذن المولي دائما
يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولي لانه لا
يظهر الدين فيه في حق المولي فلا يلزم المهر ولا قيمة
الولد في الحال انتهي لكن يمكن الجواب بانه ليس فيه
دين كسائر الديون حقيقيا شغلته لان المولي اذن
بالتزوج المقيد بكونها حرة لا مطلقا فالمغرور حينئذ
هو العبد فلا يوجب ان يلزم علي المولي ما يلزم علي
العبد عند كون ابنه حرا لان الغرم بالغنم ولا غنم
للمولي حتي يجب الضمان ولان ولد المكاتب ليس في معني الحر
لانه خلق من ما الرقيق وولد الحر خلق من ما الحر فافترقا
من هذا الوجه فلا يلحق بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة
تدبر وعند محمد وزفر والائمة الثلاثة حرا بالقيمة
ويؤخذ منه اي من المكاتب قيمته اي قيمة الولد بعد
عتقه لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو
الغرور فانه لم يرغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد
فيلحق بولد الحر المغرور الا ان قيمته تطالب بعد
العتق كما في اكثر الكتب لكن في التبيين والاصح ان القيمة
يعطيها للمستحق في الحال اذا كان التزوج باذن المولي
وان كان بغير اذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما
ضمن من قيمة الولد علي الامة المستحقة بعد العتق
ان كانت هي الغارة كذا انتهي فعلي هذا يلزم المصنف

التفصيل

التفصيل تتبع وان وطي المكاتب امته بملك اي اذا
اشتري المكاتب فوطئها بغير اذن سيده وانما اقتصر
بغير اذنه مع ان المسئلة علي حالها مع الاذن ليفهم
منه ما اذا كان باذنه بالطريق الاولي فاستحقت اي
الامة اخذ منه اي من المكاتب عقرها في الحال من غير
تأخير الي العتق وكذا ان اشتراها اي ان اشتري المكاتب
امة شرا فاسدا فوطئها فردت بحكم الفساد اخذ منه
عقرها في الحال ايضا من غير تأخير الي العتق وان وطئ
اي المكاتب الامة بنكاح بان تزوجها بغير اذن المولي
فاستحقت لا يؤخذ منه العقر الا بعد عتقه بالاجماع
والفرق ان في الوجهين الاولين ظهر الدين في حق
المولي لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة والعقر
من توابعها وفي الوجه الثاني لم يظهر لان النكاح ليس
من باب الاكتساب في شيء فلا تنتظمه الكتابة فلا يظهر
في حق المولي كما في اكثر الكتب وقال صدر الشريعة ولقائل
ان يقول ان العقر يثبت بالوطئ لا بالشرا والاذن بالشرا
ليس اذنا بالوطئ والوطئ ليس من التجارة في شيء فلا
يكون العقر ثابتا في حق المولي انتهي وقال يعقوب باشا
هذا القول ليس بظاهر لان وجوب العقر مبني علي
سقوط الحد وسقوطه مبني علي الملك والملك مبني علي
الشرا وهو ماذون فيه فيكون ماذونا في شيء
فيما يتعلق به انتهي لكن الاذن بالشيء انما يكون اذنا بما
يتعلق به اذا كان ما يتعلق به من لوازمه والوطئ ليس
كذلك فالاظهر ان الوطئ وان لم يكن من التجارة في شيء
لكن سببه الذي هو الشرا منها وتنزيل السبب منزلة

المسبب من القواعد المقررة عندهم تأمل ومثله اي مثل
المكاتب في الحكم المذكور المأذون له في التجارة قيل هذا
اذا كانت الامة المنكوحة ثيبا اما لو كانت بكرا يؤخذ
بالعقر حالا وكذا لو نكحها باذن مولاه يؤخذ بالمهر في
الحال فصل واذا ولدت المكاتبة من مولاها
فلها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت
لتبين تأخذ العقر منه
من التعجيز نفسها مفعول عجزت لانه تلقتها جهتا
حرية عاجلة بغير بدل وهي الكتابة وآجلة بغير بدل وهي
امومية الولد فتختار ايتهما شاءت وهي اي المكاتبة
ام ولده سواء صدقته اذا ادعاه او كذبته لان للمولى
حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة
راجحة فثبت من غير تصديق بخلاف ما اذا ادعى جارية
ابنه يثبت نسبه بمجرد الدعوى ولا يحتاج الى تصديق
الابن واذا مضت على الكتابة يعني اذا اختارت
الكتابة ومضت عليها اخذت اي ام الولد منه اي من
مولاها عقرها اي مهر مثلها لانها مختصة بنفسها كالكتابة
فصار المولى كالاجنبي في حق نفسها وان مات المولى
بعد مضيها على الكتابة عتقت بالاستيلاد وسقط
عنها البدل لان كتابتها بطلت وانتفت الفائدة في
ابقائها لانها تعتق مجانا من جهة كونها ام ولد وان
ماتت المكاتبة وتركت مالا اديت منه اي من المال
كتابتها وما بقي من المال ميراث لابنها لثبوت عتقها
في اخر جزء من حياتها وان لم تترك مالا فلا سعاية
على هذا الولد لانه حر قيل لو قال لولدها لكان اشمل
للبنت انتهى لكن الابن يأخذ جميع المال وليست البنت

كذلك

بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية المكاتبة حيث لا يثبت النسب من المولى الا بتصديق المكاتبة لانها لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة واتحاله حق الملك فيه فيحتاج الى تصديقها العلامة منه لكن لم نجد في الاصل الذي عندنا

كذلك لانها تأخذ النصف والنصف الاخر للمولى وهذا للعصبة
ما يأخذه الجميع وهو الابن فقط لانه قال وما بقي اي
مجموع ما بقي تأمل ولا يثبت نسب من تلده بعده اي
بعد الولد الاول بلا دعوة بل هو مثلها اي مثل ام الولد
في الحكم لحرمة وطئها عليه وولد ام الولد انما يثبت من
غير دعوة اذا لم يحرم على المولى وطئها وان حرم فلا يلزمه
حتى اذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك في مدة يمكن
العلوق بعد التعجيز يثبت نسبه من غير دعوة الا اذا
نفاه صريحا كما في امهات الاولاد ولو لم يدع الولد
الثاني ومات من غير وفاء سعى هذا الولد في بدل
الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك
عتق وبطلت عنه السعاية لانه في حكم امه وان كاتب
شخص مدبره وام ولده صح ما فعله من الكتابة لقيام
الملك فيهما وان كانت ام الولد غير متقومة عند الامام
فان مات المولى عتقت ام الولد المكاتبة مجانا اي بغير
شيء لانها عتقت بالاستيلاد والبدل وجب لتحصيل
العتق وقد حصل ويسلم لها الاولاد والاكتساب
لانها عتقت وهي مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك
الغير فيه فصار كما اذا اعتقها المولى في حال حياته
والمدبر المكاتب يسعى بعد موت المولى في جميع بدل
كتابته ان شاء او سعى في ثلثي قيمته ان كان المولى
معسرا عند الامام لانه استحق حرية الثلث ظاهرا
فالانسان لا يلتزم المال في مقابلة ما يستحق حريته
مجانا فيبقى البدل جميعا في مقابلة ثلثي الرقبة كما
اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف بعير

كل الف في مقابلة الواحدة الباقية بخلاف ما اذا تقدمت
الكتابة لان البدل يقابل بكل الرقبة لا بثلثيها اذ لا
استحقاق عند عقد الكتابة في شي من الحرية وعند
ابي يوسف يسعى في الاقل من البدل او من ثلثي
قيمته لكون الاقل نافعا وعند محمد يسعى في الاقل
من ثلثي البدل او من ثلثي القيمة لان المدبر يعتق
ثلث رقبته مجانا فتسقط حصته من بدل الكتابة
كما تسقط من قيمته فيبقى الثلثان من البدل فصار
الاختلاف بينهم في الخيار وفي المقدار لان ابا يوسف
مع الامام في المقدار ومع محمد في نفي الخيار فالخيار
عند الامام فرع التجزي وعدم الخيار عندهما لعدم
التجزي كما بين في موضعه وانما وضع المسئلة في
العسر لانه لو كان له مال غيره وهو يخرج من الثلث
عتق وبطل كتابته وان دبر المولى مكاتبه صح التدبير
بالاجماع لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق
بشرط الموت ومضى عليها اي على الكتابة ان شاء او عجز
من التعجيز نفسه وصار مدبرا لان الكتابة عقد
غير لازم في حق العبد اذ كان لازما في حق المولى
فان مضى عليها اي على الكتابة فمات سيده حال كونه
معسرا سعى المدبر في ثلثي البدل او في ثلثي قيمته
عند الامام لان الاعتاق متجز فيسقط من بدل
الكتابة الثلث فيختار منهما ما شا وعندهما يسعى
في الاقل من ثلثي كل منهما لان العاقل يختار اقل
الدينين ضرورة فالخلاف في الخيار مبني على تجزي
الاعتاق وعدم تجزيه اما المقدار هنا فمتفق
عليه

عليه وان اعتق مكاتبه عتق لقيام الملك فيه وسقط
عنه بدل الكتابة لانه التزمه ليحصل العتق وقد
حصل بدونه وان كوتب العبد على الف موجل فصالح
على نصفه حالا لا يصح الصلح والقياس ان لا يجوز لانه
اعتياض بالمال الحال عن الاجل وهو ليس بمال والدين
مال فكان ربوا وبه قال ابو يوسف وزفر والشافعي
ومالك كما في عيون المذاهب وجه الاستحسان ان
الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على
الاداء الا بالاجل دون وجه اخر وبدل الكتابة ليس
بمال من وجه حيث لا يجوز الكفالة به دون وجه
اخر فاستويا في كونهما مالا او غير مال وان مات مريض
وهو الذي قد كان كاتب عبده وقيمته الف وكاتبه
على الفين الى سنة ولا مال له اي للمريض غيره اي غير
العبد ولم يجز الورثة فكذا ادى العبد المكاتب
ثلثي البدل حالا والباقي الى اجله اي عند
انتهاء اجله او يرد رقيقا عند الشيخين لان جميع
المسمى بدل الرقبة وحق الورثة متعلق بجميع البدل
فيصير متعلقا بكل البدل ولذا يكون عتقه متعلقا
باداء الكل فلا يجوز سوى قدر الثلثين منه وعند محمد
ان شاء يؤدي ثلثي قيمته وهي الف حالا والباقي
الى اجله او يرد رقيقا لان المريض لا يملك التاجيل
في ثلثي القيمة اذ لا حق له فيه واما في الزيادة
فيجوز الترك فيصح التاجيل وان كاتبه على الف
الى سنة وقيمته الفان فلم يجز واي الورثة اذى
ثلثي القيمة حالا او رد الى الرق اتفاقا يعني اذا

تخير بين الامرين لان المحاباة هنا حصلت في القدر
والتاخير فاعتبر الثلث فيهما اي يصح تصرفه في ثلث القيمة
لا في حق الاسقاط ولا في التاخير كما في المنح ومثلهما
اي مثل الكتابة البيع يعني اذا باع المريض داره
بالفين الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يجز الورثة
تخيرهما يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث
الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر
القيمة لا فيما زاد كما في الهداية وان كاتب حر عن عبد
بالف وادى الحر الالف عنه عتق ولا يرجع الحر به اي
بالالف عليه اي على العبد لكونه متبرعا اذا لم يامره
بذلك صورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب
عبدك على الف درهم سواء شرط العتق باداء بان
قال ان اديت اليك فهو حر او لم يقل ذلك فكاتب المولى
ثم ادى الحر الالف تعليق في الصورتين اما في الاولى فبحكم
الشرط واما في الثانية فلعدم توقف الكتابة
الموقوفة على قبول الغايب فيما ينفعه وهو صحة اداء
الحر القابل بعقد الكتابة استحسانا وفي القياس لا
يعتق لان الشرط معدوم والعقد موقوف على
العبد الغايب فيما يضره وهو وجوب البدل عليه
والموقوف لا حكم له وان قبل العبد حين بلوغه
الكلام اليه قبل اداء الحر فهو اي العبد مكاتب
لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة
وانما قلنا قبل ادائه لانه ان قبل بعد اداء الحر
فلا يكون في حكم المكاتب لوجود الحرية وقيل ان
قال العبد لا اقبله ثم ادى القابل لا ان العقد

ارتد برده وان كاتب المولى عبدا عن نفسه وعن احد
غايب بان قال الحاضر لمولاه كاتبنيا بالف درهم على
نفسي وعلى فلان الغايب فكاتبهما فقبل العبد الحاضر
صح عقد الكتابة والقياس ان لا يجوز الا عن نفسه
لولايته عليها ويتوقف في حق الغايب لعدم الولاية
عليه وجه الاستحسان ان الحاضر اضاف العقد الى نفسه
ابتداء فجعل نفسه اصيلا والغايب تبعا فيصح كالامة
كوتبت دخل اولادها تبعا حتى عتقوا باداءها ولا يلزم
عليهم من البدل شيء وقبول الغايب ورده لغو اذ لا
يتوقف في حقه ويؤخذ الحاضر بكل البدل لان كل البدل
عليه ولا يؤخذ الغايب بشيء من البدل لكون العقد
نافذا على الحاضر ولو اكتسب الغايب شيئا ليس للمولى
ان ياخذه وليس له ان يبيعه من غيره ولو ابراه المولى
او وهبه مال الكتابة لا يصح لعدم وجوبه عليه
ولو ابرا الحاضر او وهبه له عتقا جميعا ولو اعتق
الغايب سقط عن الحاضر حصته من البدل واذا اعتق
الحاضر او مات سقطت حصة الحاضر وادى الغايب
حصته حالا والا رد قنا وايهما اي اي واحد من الاثنين
وهما الحاضر والغايب ادى بدل الكتابة اجبر المولى على
القبول اي على قبول المدفوع اليه اما الحاضر فلان
البدل عليه واما الغايب فلانه ينال به شرف
الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن
اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته
الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وعتقا
اي الحاضر والغايب جميعا لوجود شرط عتقهما وهو

فانه يرجع على الراهن لانه مضطر من جهته زيلعي

اذا بدل الكتابة ولا يرجع احدهما على الاخر بما ادى الى
المولى من بدل الكتابة اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه
واما الغايب فلانه ادى بغير امره وكذا لو كاتبهما معا
اي لو كاتب عبديه كتابة واحدة ان اديا عتقا وان
عجزا ردا الى الرق ولا يعتقان الا باداء الجميع لان
الكتابة واحدة وشرطها فيهما معتبر وايهما ادى اجبر
المولى على القبول وعتقا ولا يعتق احدهما باداء حصته
لانهما كشخص واحد بخلاف ما لو كانا اي العبدين لاثنين
اي لرجلين فكاتباهما كذلك فكل واحد منهما مكاتب
بحصته يعتق باداءها لان كل واحد من السيدين انما
استوجب البدل على مملوكه ويعتبر شرطه في مملوكه
لا في مملوك غيره بخلاف المسئلة الاولى لان شرطه
معتبر في حقهما لانهما مملوكان كما في الاصل ولو عجز
احدهما في المسئلة الاولى فرد الى الرق اما بتصالحهما
او رده القاضي فلم يعلم الاخر ثم ادى الاخر الكل عتقا
جميعا لما مر انهما كشخص واحد ولو ذكر هذه المسئلة
عقيب الاولى لكان اوضح وانسب تدبر وان كاتبت
عنه وعن ولدين صغيرين لها جاز العقد استحسانا
اذا قبلت الامة واي واحد من الثلاثة وهم الام
والابنان ادى اجبر المولى على القبول وعتقوا الا انها
جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا
ولو اعتق المولى الام بالبدل دونهما ولو اعتقهما
سقط عنه حصتهما وعليها الباقي على نجومها كما مر
في كتابة الحاضر والغايب ولا يرجع على غيره بشيء
لكونه متبرعا بالاداء او مجبرا في حق الغير باب

بقي عليهما من بدل الكتابة
حصتهما يؤديانها في الحال
لعل العبارة هكذا لكن سقط
عن الكاتب

كتابة

كتابة العبد المشترك وغيره بين الاثنين ذكر كتابة
المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف
الاصل ولان المشترك مع غيره كالمركب مع المفرد ولو اذن
احد الشريكين في عبد للاخر ان يكاتب حصته منه
اي من العبد بالف درهم ويقبض البدل اي بدل
الكتابة ففعل الماذون اي كاتب الشريك الماذون
وقبض البعض اي بعض البدل فعجز المكاتب عن
اداء باقيه فالمقبوض من البدل للقابض خاصة عند
الامام لان الكتابة متجزية على قوله لافادتها الحرية
يدا فيكون مقتصرا على نصيبه والاذن للعبد
بالاداء اليه فيكون متبرعا في نصيبه على القابض
فيكون كل مقبوض له وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى
فهو بينهما لان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة
الكل لان الكتابة لا تتجزى عندهما كالحرية فيكون القا
القابض اصيلا في بعض مقبوضه ووكيلا في بعضه
لشريكه فيصير المقبوض مشتركا بينهما بعد العجز كما
كان مشتركا قبل العجز امة مشتركة لرجلين كاتباها
فاتت بولد فادعاه احدهما اي ادعى احد الشريكين
الولد ثم اتت باخر اي بولد اخر فادعاه الشريك الاخر
فعجزت الامة عن اداء البدل فهي اي الامة ام ولد
للشريك الاول لان دعوته صحيحة لقيام ملكه وكون
استيلاده غير متجز الا ان المكاتبة لا تقبل النقل
من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه
كما في المدبرة المشتركة وكذا دعوة الاخر صحيحة
في ولدها الثاني ما دامت الامة باقية على

الكتابة لقيام ملكه ثم ان الكتابة لما جعلت كان لم تكن بسبب
العجز وقع وطي الاخر حقيقة في ام ولد الغير وظهر ان
كل الامة ام ولد للاول لزوال الكتابة المانعة من
الانتقال ولتقدم وطيه وضمن الاول للثاني نصف
قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد وضمن
نصف عقرها لوطيه جارية مشتركة وضمن الثاني
للاول تمام عقرها لانه وطي ام ولد الغير حقيقة وضمن
~~الثاني للاول تمام عقرها لانه وطي ام ولد الغير حقيقة~~
وضمن قيمة الولد الثاني وهو اي الولد الثاني ابنه
اي ابن الثاني لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطيها كانت
ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه وحر
بالقيمة كما عرف في موضعه وايهما اي واي واحد من
الشريكين دفع العقر اليها اي الى المكاتبة قبل العجز
جاز دفعه لانه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها
بنفسها فاذا عجزت ترد الى المولى لانه ظهر اختصاصه
بها هذا الكل عند الامام وعندهما كل الامة ام ولد للاول
حين ادعاه لان تكميل امومية الولد واجب بالاتفاق
فما امكن بناء على ان استيلاد المكاتبة غير متجز
والتكميل ممكن بفسخ الكتابة لما لاستيلاد
فيما لا تتضرر به المكاتبة فينتقل نصيب الثاني الى
الاول كما ينتقل بفسخ الكتابة بالعجز لا يثبت نسب
الولد الثاني من الثاني لان وطي الثاني صادف
ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يضمن
الثاني قيمته اي قيمة الولد ولا يكون حرا عليه
بالقيمة عندهما لا يجب الحد عليه للشبهة وهي شبهة
ايضا

انها مكاتبة بينهما وحكمه اي حكم الولد كامه يعني يكون
تابعا لامه في الاستيلاد ويضمن تمام العقر لان
الحد لا يخلو عن احد الغرامتين والحد هنا مندرئ
للشبهة فتتحقق الغرامة ويضمن الاول للاخر نصف
قيمتها مكاتبة عند ابي يوسف لانه تملك نصيب
شريكه وهي مكاتبة سواء كان موسرا او معسرا لانه
ضمان التملك ويضمن الاقل منه اي من نصف قيمتها
ومن نصف ما بقي من البدل اي بدل الكتابة عند
محمد لان حق الاخر في نصف الرقبة نظرا الى الادا
فللتردد يلزم الاقل لتيقنه فاذا انفسخت الكتابة
في حصة الشريك عندهما قبل العجز فكلها مكاتبة
للاول بنصف البدل عند الشيخ ابي منصور وبكل
البدل عند عامة المشايخ ولو لم يطأ الثاني الامة
المكاتبة المشتركة بعد استيلاد الاول بل دبرها فعجزت
عن الكتابة بطل التدبير بالاجماع لان الاول تملك
نصيب شريكه بالعجز من وقت وطيه على مذهب
الامام او تملك كلها بالاستيلاد قبل العجز على مذهبهما
فالتدبير يقع في ملك غيره وهي اي الامة ام ولد
للاول لزوال الكتابة المانعة بالعجز ولزوم
استكمال الاستيلاد والولد له اي للاول لصحة دعوته
وضمن الاول لشريكه نصف قيمتها لتملكه بالاستيلاد
ونصف عقرها لوقوع الوطي في المشتركة ولو اعتقها
احدهما اي اعتق احد الشريكين الامة المكاتبة
المشتركة حال كونه موسرا فعجزت عن الكتابة
ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع المعتق به

اي باعتاقه عليه اي على الامة لان الساكت عن التحرير
بتضمين المحرر وهو ايضا يضمنه عند الامام خلافا
لهما اي قالا لا يرجع عليه اذ بالعجز صارت كانها
لم تزل عن القنة وهذا الخلاف على ما مر ان الساكت
اذا ضمن المعتق يرجع عنده لا عندهما وان لم
تعجز الامة عن الاداء الى الان لكونه المعتق
موسرا فلا ضمان عند الامام اذ بالاعتاق لم يتغير
نصيب الساكت بناء على ان الاعتاق متجز عنده وهي
مكاتبة قبل الاعتاق وعندهما يضمن الموسر نصيب
الساكت في العسر لان الاعتاق لما كان لا يتجزى
عندهما يعتق الكل فان كان المعتق موسرا يضمن
للساكت قيمة نصيبه من المكاتبة وان كان
معسرا تسعى الامة لان ضمان الاعتاق يختلف
باليسار والاعسار كما بين في موضعه ولو دبر
احد الشريكين ثم اعتق الاخر حال كونه موسرا
ضمنه المدبر بكسر الباء نصيبه مدبرا بان يضمن المعتق
قيمته مدبرا او استسعى العبد او اعتقه اي خير
المدبر بين ثلاثة عنده اي الامام وان عكسا اي
ان اعتقه احد الشريكين ثم دبره الاخر فالمدبر
بالكسر يعتق او يستسعي ولا يضمن عند الامام
ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما
يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الاخر
فتثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعا
واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن
يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه

وله

وله خيار العتق والاستسعا ايضا كما هو مذهبه
ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف
المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل
يجب ثلثا قيمته قنا كما في الهداية وعندهما ان دبر
الاول ضمن نصف قيمته موسرا ومعسرا لانه ضمان
تملك فلا يختلف بهما وعتق الاخر لغو لان التدبير
لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير
ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو
قن وان اعتق الاول ضمن لشريكه نصف قيمته لو كان
موسرا او استسعى العبد لو كان معسرا ولم يضمن لشريكه
نصف قيمته لو كان موسرا لان هذا ضمان الاعتاق
فيختلف باليسار والاعسار عندهما وتدبير الاخر
لغو لان الاعتاق لا يتجزى فيعتق كله فلم يصادف
التدبير الملك وهو يعتمده

باب العجز والموت

اي موت المكاتب وموت المولى تاخير باب
احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشيا
متاخرة عن عقد الكتابة اذا عجز المكاتب عن نجم اي
مكاتب عجز عن اداء وظيفة مقطوعة من بدل الكتابة
اعلم ان النجم في الاصل الطالع ثم سمي به الوقت ثم
الوظيفة التي تؤدى في ذلك الوقت لملابسة بينهما
فان رجي له حصول مال بان كان لهذا المكاتب على الناس دين
يرجى ان يكون مقبوضا او مال يرجى قدومه لا
لا يعجل الحاكم بتعجيزه ويمهل يومين او ثلاثة ايام
نظرا للجانبين والثلاثة هي المدة ضربت لابلاء
الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضا

وكشرط الخيار ونحو ذلك فلا يزاد عليه والا اي وان لم
يرج له حصول مال عجزه الحاكم وفسخ الكتابة ان طلب
سيده او عجزه سيده برضاه اي برضا المكاتب وان لم
يرض به العبد فلا بد من القضا بالفسخ عند الطرفين
لان الكتابة عقد لازم تام فلا ينفسخ الا بالقضا
او الرضا كما في الرجوع عن الهبة وفي بعض الروايات
ينفرد المولى كما في الكافي وللمولى حق الفسخ في الكتابة
الفاسدة بلا رضا العبد وللعبد حق الفسخ ايضا في
الجائزة والفاسدة بغير رضا المولى كما في التنوير وعند
ابي يوسف لا يعجزه اي لا يحكم الحاكم بعجزه ما لم يتوالى
عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على
المكاتب نجمان رد الى الرق والاثر فيما لا يدرك
بالقياس كالخبر ولهما ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
ان مكاتبا له عجز عن نجم فرده الى الرق ولان المقصود
بالعقد من جانب المولى تغييب المسمى عند انقضاء
النجم الاول ولو انه قد فات فوجب تخييره كما لو توالى عليه
نجمان وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلال
بالنجم الواحد اخلال بما هو غرض المولى من الكتابة
فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه لفوات وصف
السلامة في المبيع وفي المضمرات ان الصحيح قولهما
واذا عجز المكاتب عادت اليه احكام الرق لان فك
الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد
وما في يده من الاكتساب لمولاه اذ ظهر انه كسب
عبده بسبب عجزه ويحل ما في يد المكاتب له اي للمولى
ولو وصل اليه اصله من صدقة ولم يكن للولي مصرفا
للصدقة

للصدقة زكاة كانت او غيرها لانه اخذه عوضا عن
العتق وفات الاخذ والمكاتب قد اخذه صدقة وهو
من المصارف وعتق الاصول المقررة ان تبدل الملك
قائم مقام تبدل الذات اخذا لقوله عليه السلام
لبريرة رضي الله عنها هي لك صدقة ولنا هدية كما مر
وفي المنح ولا فرق على الصحيح بين ما اذا اداه الى
المولى ثم عجز او عجز قبل الاداء وفي العناية تفصيل
فليراجع وان مات المكاتب عن وفاء اي ان مات وله
ما يفي ببدل الكتابة لا تنفسخ الكتابة ويؤدى
بدلها اي بدل الكتابة من ماله ويحكم بعتقه في اخر
جزء من اجزاء حيوته ويورث ما بقي من ماله وهو
قول علي رضي الله عنه وابن مسعود وبه اخذ
علماؤنا لان الكتابة عقد معاوضة فلا يبطل
بموته كما لا يبطل بموت مولاه اذ المعاوضة تقتضي
المساواة قال الجمهور ان المكاتب يعتق في اخر جزء
من اجزاء حياته لان بدل الكتابة هو سبب الاداء
موجود قبل الموت فيستند الاداء الى ما قبله فيجعل
اداء نائبه كادائه ولان بدل الكتابة يقام في اخر
عمره مقام التخلية وهي الاداء فيكون المولى مستحقا
عليه قبل الموت وقال البعض ان المكاتب يعتق
بعد الموت وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه
تنفسخ الكتابة بموت المكاتب كما اذا لم يترك مالا
وافيا وبه اخذ الشافعي لفوات المحل ويعتق
اولاده الذين شراهم في كتابته او ولدوا في
كتابته متعلق بقوله شراهم وولدوا على التنازع

حتى لو ولد واشترا الكتابة لا يتبعون ولا يعتقون الا
ان يكونوا صغيرين وعن هذا قال اي اولاده الذين
كوتبوا معه تبعا بان يكونوا صغيرين اوقصدا بان
يكونوا كبيرين ولكن كوتبوا معه لان الصغيرين
يتبعون الاب في الكتابة والكبيرين يجعلون مع
الاب كشخص واحد فيعتقون ويرثون اما لو
كان الاب والولد مكاتبين بعقد على حدة يعتق
من وقت اداء بدل الكتابة متصورا عليه ولا يرث
لانه مقصود بالكتابة كما في شرح الوقاية لابن
الشيخ وان لم يترك وفاء اي ان مات المكاتب ولم
يترك ما لا يفي ببدل الكتابة وله ولد ولد في كتابته
سعى الولد في كتابة ابيه كما كان يسعى ابوه على
نجومه اي على نجوم ابيه المقسطة فاذا ادى الولد
الكتابة حكم بعتقه اي بعتق الولد لانه داخل
في كتابة ابيه فيعتق بعتقه وعتق ابيه قبل موته
يعني في اخر جزء من اجزاء حياته والولد المشترى اي
الولد الذي اشتراه المكاتب في كتابته ومات اما
ان يؤدي البدل حالا او يرد في الرق عند الامام
لان حكم العقد لم يسر اليه لكنه اذا ادى في الحال
فنظهر ان اباه مات عن وفاء وان الكتابة باقية
وانه مات حرا وعندهما هو اي الولد المشترى كالاول
اي كالمولود في الكتابة لكونه مكاتبا بتبعية الاب
وبه قال مالك وفي التنوير اشترى المكاتب ابنه
فمات عن وفاء ورثه ابنه وان مات للمكاتب ولد
من امرأة حرة وترك دينا على الناس فيه وفاء ببدل
الكتابة

الكتابة فجنى الولد فقضي اي قضى القاضي بارش الجناية
على عاقلة الام لا يكون ذلك قضاء بعجز المكاتب لان
هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لانها تقتضي الحاق الولد
بموالي الام وايجاب الدية عليهم لكن على وجه يحتمل
ان يعتق فينجر الولاء اي موالي الاب والقضاء بما يقرر
حكم الكتابة لا يكون تعجيزا عنه وان اختصم موالي
الام وموالي الاب في ولايه فقضي به اي قضى
القاضي بالولاء لموالي الام فهو قضاء بعجزه اي المكاتب
لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبنى
على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا انفسخت
مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت
واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى
موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه
القضاء فلهذا كان تعجيزا وهذا كله فيما اذا مات المكاتب
عن وفاء فاديت الكتابة او عن ولد فادا اما
اما اذا مات لا عن وفاء ولا عن ولد فاختلفوا في بقاء
الكتابة قال الاسكاف تنفسخ حتى لو تطوع انسان
باداء بدل الكتابة عنه لا يقبل منه وقال ابو الليث
لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوع به انسان
عنه قبل القضاء بالفسخ جاز وحكم بعتقه في اخر
حياته كما في شرح الكنز للعيني والوصي عبد وكاتبه
سيده حال كونه جاهلا بجنايته فعجز العبد عن
الكتابة فالمولى بالخيار ان شاء دفع العبد بالجناية
الى المجني عليه او فدى العبد بالارش لانه الموجب
لجناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية حتى يصير

فيه بالدين لان الموت ترك عنا
لا يتاتى القضاء بالحاق الولاء
الى الام اذ يمكن الوفاء في الحال

مختارا للفدا ولهذا قيده فكونه اهلا لكن الكتابة مانعة
للدفع فاذا زال المانع عاد الحكم الاصلي وكذا الحكم
لو جني المكاتب فعجز عن الكتابة قبل القضا به اي بموجب
الجناية لانه لما عجز صار قنا وحكم جناية القن يخير فيه المولى
بين الدفع والفدا على ما عرف في موضعه ولو جني بعد (وعجز)
ما قضى عليه اي على المكاتب به اي بموجب الجناية في حال
كتابته فعجز فهو اي موجب الجناية دين عليه ويباع
العبد فيه لانتقال الحق من رقبته الي قيمته بالقضا
هذا عندنا لما مر من ان الاصل في جناية العبد وجوب
الدفع الا اذا تعذر التسليم لوجود المانع عن الانتقال
من ملك الي ملك وهو قابل للفسخ والزوال فيكون
المانع مترددا فلم يثبت الانتقال الا بالقضا او بالرضا
او بالموت عن الوفا بخلاف التدبير والاستيلاد لان
المانع لا يقبل الانتقال فوجبت القيمة بلا توقف وعند
زفر وهو قول ابي يوسف اولا يباع فيه وان عجز قبل
القضا لان المانع من الدفع قائم وقت وقوع الجناية
وهو الكتابة فوجبت القيمة بنفس الوقوع كجناية
المدبر وام الولد وفي الدرر اقر المكاتب بجناية خطا
لزمته وحكم بها عليه لان جنايته مستحقة في كسبه
وهو احق باكسابه فنفذ اقراره كالحر واذا لم يحكم
عليه حتى عجز بطلت ولا تنفسخ الكتابة بموت السيد
لان الكتابة من اسباب العتق والعتق حق المكاتب
وكذا سببه حق له فلا تبطل بموت السيد كالتدبير
والامومية للولد والدين والاجل اذا مات الطالب ويودي
المكاتب البدل الي ورثته اي ورثة سيده على نجومه

لان النجوم

لان النجوم حقه لانه اصيل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت
الطالب كالاجل في الدين هذا اذا كاتبه وهو صحيح ولو
كاتبه وهو مريض لا يمضي تاجيله الا من الثلث فان اعتقه
اي العبد المكاتب بعضهم اي بعض الورثة في مجلس والعتق
الاخر في مجلس اخر لا ينفذ عتقه لانهم بملكه اذ المكاتب
لا ينتقل من ملك المورث الي ملك الوارث كما لا يملك
بسائر اسباب الملك ولا تسقط حصته من البدل عندنا
خلافا للشافعي وقيل يعتق اذا اعتقه الباقون ما لم يرجع
الاول وان اعتقوه اي جميع الورثة في مجلس واحد كلهم
عتق العبد المكاتب مجانا والقياس ان لا يعتق لعدم
ملكهم وجه الاستحسان انه يجعل ابرا عن بدل الكتابة
اقتضا تصحيحا للعتق كما اذا ابراه المولى عن كل بدل
الكتابة وفي التنوير مكاتب تحته امة طلقها ثنتين
فملكها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره كاشترا عبدا كتابة
واحدة وعجز المكاتب لا يعجزه القاضي حتى يجتمعا والله
تعالي اعلم

كتاب الولا

اورد كتاب
الولا عقيب المكاتب لانه من اثار زوال الملك الرقبة
وهو لغة القرابة وشرعا قرابة حكمية حاصلة من العتق
او من الموالاة وهي المتابعة لان في ولا العتاقة
اراثا يوالي وجود الشرط وكذا في ولا الموالاة وقيل
الولا والولاية بالفتح النصرة والمحبة بالعتق ولو عالما
او بالعقد والوعد ولو كافرا فالولا عبارة عن التناصر
بالعتق او بالعقل فيرثه شرعا عند عدم المانع
من الارث وفي التنوير هو عبارة عن التناصر
بولا العتاقة او بولا الموالاة ومن اثاره الارث

والعقل الولاء لمن اعتق وهو لفظ الحديث اخرجه الائمة
الستة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي عليه السلام
الولاء لمن اعتق يعني اعتق مملوكه ذكرا كان المملوك
او انثى فولاؤه له ولذا قال الجمهور سبب هذا
الولاء الاعتاق والاصح ان سببه العتق على ملكه لانه
يضاف اليه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق
والاضافة دليل الاختصاص وهو بالسببية ولان
من ورث قريبه فعتق عليه كان مولاه ولا اعتاق
من جهته والحديث لا ينافي ان يكون العتق على الملك
هو السبب لان العتق يوجد عند الاعتاق لا محالة
فتخصيصه به خرج مخرج الغالب ولو وصلية بتدبير
بان دبر عبده فمات وعتق من ثلثه او استيلاد
بان استولد جاريته ومات عتقت من جميع ماله
او كتابة بان كاتب عبده وادى بدل الكتابة فعتق
او وصية او ملك قريب بان ملك اباه او ابنه بشرا
او هبة او نحو ذلك فعتق عليه وذلك لاطلاق الحديث
قال صدر الشريعة فان قيل كيف يكون الولاء في التدبير
والاستيلاد للسيد والمدبر وام الولد انما تعتقان
بعد موت السيد قلنا صورته ان يرتد السيد
ويلحق بدار الحرب حتى يحكم بعتق مدبره وام ولده ثم
يجي مسلما فمات مدبره او ام ولده فالولاء له انتهى وفيه
كلام لان الغرض اثبات الولاء للسيد في جميع المواد
كما يدل عليه تصوير المسئلة فالجواب ان يقال
ان الولاء يثبت ابتداء للمولى ثم ينتقل الى ورثته
فيستقيم الكلام في المكاتب الذي ادى البدل بعد
موت

موت السيد الى الورثة وكذا في العبد الموصى بشرائه
ثم اعتقه وغيرهما تدبيرة ولغا شرطه لغيره او سائبة
يعني لو اعتق العبد وشرط الولاء لغيره او شرط ان يكون
معتقا ولا ولاء بينهما ويرثه غيره كان الشرط لغوا لانه
مخالف للشرع فيرثه كما في المنبع اذا شرط ان لا يرثه
وما في شرح الوقاية لصدر الشريعة من ان ذلك شرط
مخالف لمقتضى العقد مقام النص سهو من قلم الناسخ تتبع
ومن اعتق امة حاملا من زوج قن للغير فولدت الامة
الحامل ولدا بعد عتقها لاقل من نصف سنة فولاء الولد
له اي لمولى الام لا ينتقل ولاء الحمل عنه اي عن مولى الام
الى مولى الاب ان اعتق ابوه ابدا لانها لما اعتقت وتيقن
وجود الحمل في ذلك الوقت عتق حملها مقصودا لانه
جزؤها فلا ينتقل من مواليها الولاء على التابيد لقوله
عليه السلام الولاء لمن اعتق وكذا لو ولدت الامة المذكورة
ولدين توأمين اصغرهما اي ولادة احدهما لاقل من نصفها
اي من نصف سنة من وقت الاعتاق والاخر لاكثر منه
وبين الولدين اقل من ستة اشهر فولاؤهما لمولى الام
ابدا لا ينتقل عنه الى مولى الاب ان اعتق الاب لان
التوأمين مخلوقان من ماء واحد فيعتقان معا بالاعتاق
المذكور لو كان ما بين الولدين اكثر من اقل مدة الحمل
وان ولدت الامة المذكورة ولدا بعد عتقها لاكثر من
ذلك اي من نصف سنة فولاؤه اي الولد له اي لمولى الام
ايضا لان الولد جزؤها فيتبعها في الصفات الشرعية
الا يرى انه يتبعها في الحرية والرق فكذا في الولاء عند
تعذر جعله تبعا للاب لرقه لكن ان اعتق الاب والولد

جمعوا يجر الاعتاق الولا الي مواليه اي يجر الاب ولا ابنه
من موالي الام الي قوم نفسه لان الولا لحمة كلحمة النسب ثم
النسب من الاباء وكذا الولا وانما يكون من الامهات
للضرورة وقد زالت بالعتق فينتقل الي موالي الاب
كولد الملاعنة ينسب الي قوم الام ثم اذا اكذب
نفسه ينتقل الي الاب لزوال المانع فان مات مولي
الاب قبل الولد بعد اعتاق الاب لا يكون موالي الام
وان ثابتا لكن الولا كما قال بن كمال الوزير في شرح
الفرايض وفي التبيين هذا اذا لم تكن معتدة فان كانت
معتدة فجات بولد لاكثر من ستة اشهر من وقت العتق
ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه
الي موالي الاب لانه كان موجودا عند عتق الام فلهذا
ثبت نسبه من الزوج ولا يرجع الاولون عليهم بما
عقلوا عنه قبل الجر اي لو تزوجت معتقة بعبد فولدت
اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لا يرجعون
على عاقلة الاب بما عقل لانه حين عقل عنه قوم
الام كان النسب ثابتا لهم وانما يثبت لقوم الاب
مقتصرا على زمان الاعتاق لان سببه هو العتق فلا
يرجعون به ولو تزوج عجمي حر الاصل له موالاة
او لا معتقة سوا كانت معتقة العرب او العجم وقد
وقع في القدوري وهو من تزوج من العجم
بمعتقة للعرب اتفاق فولدت ولدا منه اي من العجم
فولا الولد لمواليها اي موالي الام عند الطرفين
وعند ابي يوسف رحمه الله حكمه اي حكم الولد حكم ابيه فيكون
الولا لموالي ابيه لا لمواليها لانه النسب والنسب الي
الاب

الاب وان كانت الام اشرف لكونه اقوى وبه قالت
الائمة الثلاثة رحمهم الله ان ولا العتاقة قوي معتبر
والنسب بين العجميين ضعيف لانهم ضيعوا انسابهم
ولا تفاخر لهم وكذا ولا الموالاة ضعيف والضعيف لا
يعارض القوي قيدنا بالاعجمي لان اباه ان كان عربيا
يكون ولاؤه لموالي ابيه اتفاقا فالشرف نسبه وقيدنا
بالحر الاصل لان الابوين لو كانا معتقين فالنسبة
الي قوم الاب اتفاقا لانهما استويا والترجيح لجانب
الاب وقيد بمولي موالاة لانه لو كان مولي عتاقة فولا
ولاؤه لموالي ابيه اتفاقا وفصل صاحب الدرر في
هذا المحل وحاصله ان الام اذا كانت حرة الاصل يعني
عدم الرق في اصلها فلا ولا على ولدها لانه كما لا
ينتقل الولا في المسألة الاولى وهي قوله ومن اعتق
حاملا الي اخره فلان لا ينتقل عند كونها حرة الاصل
بالطريق الاولى وهو موافق لما ذكر في البدايع والتكملة
ومختصر المحيط من اشتراط عدم كون الام حرة اصلية
في ثبوت الولا واما في النية وان كان المتبادر منه
المخالفة لكنه لا يخالف في الحقيقة على ما حقق في الدرر
وذهب البعض الي ثبوته عند كون الام حرة اصلية
ومن نقل عنه الدولة مع افتى على الثبوت ومنهم
من على خلافه والمولى ابو السعود افتى اولا على الثبوت
ثم رجع وافتى على خلافه وتفصيله كما فصل في
حاشيته عزمي زاده على الدرر وموجب ما تقتضيه
الاصول لعدم الثبوت لان الولا يتفرع على زوال
الملك وهو على ثبوته وثبوته في الولا من جانب الام

الام البتة واذا كانت حرة اصلية كيف يتصور الملك على
الولد وينبغي ان ينبه ان لفظ حر الاصل يستعمل في
معنيين عدم جريان الرق على النفس من حين العلوق
مع جريانه على الاصل وعدم جريانه على الاصل ابدا
والاصلا فان اريد ما هو على المعنى الثاني واما على
الاول فلا نزاع في الثبوت ومرجع مسايل الولا
الى هذه الصور وهي ان الولد اما ان تكون امه حرة
اصلية بهذا المعنى او لا وحينئذ اما ان تكون
معتقة حال الحمل من قبل ولادت لاقل من نصف
سنة او لا وحينئذ اما ان يكون ابوه رقيقا او لا
وحينئذ اما ان يكون حر الاصل بهذا المعنى او لا وان
كان فاما ان يكون عربيا او لا فهذه ست صور
ففي الاولى والخامسة لا ولا اصلا والثانية والثالثة
الولا لقوم الام دون الرابعة لقوم الاب وفي السادسة
السادسة لقوم الام عند الطرفين خلافا لابي
يوسف وفي قول المصنف من اعتق حاملا اشارة
الى الاولى والثانية وفي قوله وان ولدت لاكثر
الى الثالثة والرابعة وقوله ولو تزوج عجمي الى
الخامسة والسادسة تتبع والمعتق عصبة سببية
مقدم على ذوي الارحام وهو من لا فرض له
ويدخل في نسبته الى الميت انثى مؤخر عن العصبة
النسبية سواء كانت عصبة بنفسه او بغيره او مع
غيره وكذا مقدم على الرد على ذوي السهام وهو آخر
العصبات وهو قول علي رضي الله عنه وبه اخذ
علماء الامصار وسياتي في الفرايض ان شاء الله
تعالى

تعالى فان مات السيد ثم مات المعتق فلا وارث
له من النسب فارثه اي ارث المعتق لاقرب عصبة سيده
على الترتيب المعروف في علم الفرايض فيكون ارثه لابنه
اي ابن السيد دون ابيه لو اجتمعا عند الطرفين لانه
الاقرب وهو اختيار سعيد بن مسيب ومذهب
الشافعي والقول الاول لابي يوسف وعند ابي يوسف
لابيه السدس والباقي للابن وهو احدى الروايتين
عن ابن مسعود رضي الله عنه وبه قال شريح والنخعي
لان الولا كالملك اثر الملك فيلحق بحقيقة الملك ولو ترك
المعتق مالا وترك ابا وابنا كان لابيه سدس كما له
والباقي لابنه فكذا ان ترك ولاء والجواب انه وان كان
اثر الملك لكنه ليس مما له الولاء حكم المال كالقصاص
الذي يجوز الاعتياض عنه بالمال فلا يجري فيه سهام
الورثة بالفرضية كما في المال بل هو سبب يورث به
بطريق العصوبة فيعتبر الاقرب فالاقرب ولو ترك
المعتق ابن المعتق وجده فالولا كله للابن بالاتفاق
ولو ترك جد المعتق واخاه فالولا للجد عند الامام
وعندهما الولا بينهما نصفان وعند استوا القرب
كما اذا ترك المعتق ابني اخوي معتقه تستوي القسمة
لاستوا الاستحقاق وليس للنسا من الولا الا ما
اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن
الحديث اي اقرا الحديث الخ وتمامه او دبرن او دبر من دبرن
او جر ولاء معتقهن او معتق معتقهن وسياتي تمامه
في الفرايض ان شاء الله تعالى وفي شرح الكنز للعيني هذا
حديث منكر لا اصل له وانما المروي عن جماعة من الصحابة

رضي الله عنهم فاخرج البيهقي عن علي وابن مسعود وزيد
ثابت رضي الله عنهم لا انهم لا يرثون النسا من الولا
من اعتقن او اعتق من اعتقن وتمامه فيه فليطالع
ثمة وفي السمني لو مات المعتق ولم يترك الا ابنة ~
معتقه فلا شي لها في ظاهر الرواية وتوضع تركته
في بيت المال وافتى بعض المشايخ بدفع المال الى ابنته
لا بطريق الارث بل لانها اقرب الناس الى الميت
فكانت اولى من بيت المال فليس في زماننا بيت
المال انتهى وفي التنوير اذا ملك الذمي عبدا ~
فاعتقه فولاؤه له كالنسب ولو اعتق حربي
في دار الحرب عبدا حربيا لا يعتق الا ان يخلي ~
سبيله فان خلاه عتق ولا ولاء له وله ان يوالي
من شا ولو دخل مسلم في دار الحرب فاشترى عبدا
ثمة واعتقه بالقول عتق ولو كان العبد مسلما
فاعتقه مسلم او حربي في دار الاسلام فولاؤه له

مطلب لو مات المعتق ولم يترك الا ابنة معتقه فلا شي لها

فصل

هذا الفصل لبيان ثاني نوعي الولا كما في
الاصلاح وجه تاخيره عن ولاء العتاقة ظاهر وولاء
الموالاة هو العقد والاصل في الاضافة اضافة
السبب الى المسبب كما يضاف الولا الى العتاقة لان
سببه العتق فلو اسلم عجمي مجهول النسب وانما شرط
كونه عجميا لان تناصر العرب بالقبايل فاغنى عن الولا وانما
شرطنا كونه مجهول النسب لان من عرف نسبه لا يجوز
ان يوالي غيره كما في الدرر وغيره قال ابن كمال الوزير
واما كونه مجهول النسب فليس بشرط وفي شرح المجمع
لا بد الملك وهو لا يختار على يد رجل ووالاه بان قال
انت

سببه العقد ولهذا يضاف الى الموالاة

انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فيقبل الاخر
فذلك عقد صحيح واشار اليه بقوله على ان يرثه اي الرجل
اذا مات هو وان يعقل الرجل عنه اي عن الذي اسلم على
يده ومعناه انما اسلم على يد رجل اي يودي الجناية عنه
ان جنى او والى غيره من اسلم على يده معناه انه اسلم على
يد رجل ووالى غيره صح هذا العقد ان لم يكن معتقا
فانه اذا كان معتقا لم يصح عقد الموالاة لقوة ولاء
العتاقة وكذا يصح لو والى صبي عاقل باذن ابيه او وصيه
لان الصبي من اهل ان يثبت ولاء العتاقة اذا ثبت سببه
بان ملك قريبه او كاتبه ابوه او وصيه عبده وعتق
كان ولاؤه له فجاز له ان يثبت له ولاء الموالاة اذا صدر
عنه عقدها بالاذن كما لو والى العبد باذن سيده اخر
فانه يكون وكيلا من سيده بعقد الموالاة واذا صح يكون
عقله اي جنايته عليه اي على المولى الذي اسلم على يده
ووالاه اي الذي والاه وكان قد اسلم على يد غيره وارثه
له اي ميراثه للذي والاه اذا مات ان لم يكن له وارث
من النسب وهو اي القابل للموالاة موخر عن ذوي الارحام
لان ذوي الارحام يرثون بالقرابة وهي اقوى واكد من
الولا لانها لا تقبل النقض والولا يقبله بخلاف الزوجين
حيث يرث معهما لانهما بعد الموت كالاجانب ولهذا لا يرد
عليهما فاذا اخذا فرضهما صار الباقي خاليا عن الوارث
فيكون للمولى الموالاة وعند الايمة الثلاثة لا يصح عقد
الموالاة اصلا ويوضع ماله في بيت المال لان سبب الارث
الفرض والتعصيب ولهذا لا ميراث لذوي الارحام
عندهم ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم الخ ونقل عن

اية التفسير ان المراد الصفقة لا القسم اذ العادة ان ياخذ
كل واحد من المتعاقدين بيمين صاحبه عند العقد
وما لم يعقل عنه او عن ولده مولاه اي للمولى ان ينفسخه
اي ولاء الموالاة بغير رضاء صاحبه قولا بان قال فسخت
عقد الموالاة معك لانه عقد تبرع فلا يكون لازما
بحضرته اي بحضرة صاحبه لانه عقد واقع بينهما فلا ينفسخه
احدهما الا بحضرة صاحبه كالمضاربة والشركة وفعلا مع
غيبته اي غيبة صاحبه بان يتعاقد مع غيره بان
والى رجلا اخر فيكون فسخا للعقد مع الاول ولا يلزم
من ذلك حضور صاحبه لثبوت الانفساخ في ضمن العقد
الثاني مع الاخر ضمنا كالعزل الحكمي في الوكالة من الفسخ
فلم يعقل عنه وبعد ان عقل الاعلى عنه او عن ولده
لا ينفسخه اي عقد الموالاة سواء الاسفل ولا ولده لتعلق
حق الغير به ولحصول المقصود به ولاتصال القضاء به
وللاعلى ايضا اي كالاسفل ان يتبرأ عن ولائه اي الاسفل
بحضرته اي الاسفل لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا
ان يكون بمحضر الاخر فلو اسلمت امراة فوالت رجلا بشرطها
او اقرت بالولاء اي اقرت انها مولاة لفلان فولدت ولدا
مجهول النسب اي لا يعرف له اب او كان معها ولد صغير
كذلك اي كان الصغير مجهول النسب كذلك صح اقرارها على
نفسها وتبعها فيه اي يتبع الولد امه في الولاء ويصيران
مولى فلان عند الامام خلافا لهما اي قالا لا يتبعها
ولدها في الصورتين لان الام لا ولاية لها على مال
الصغير فلا يكون لها ولاية على نفسه ولنا ان الولاء
بمنزلة النسب فيكون نفعا محضا في حق الصغير
المجهول

المجهول النسب فتملكه الام كقبول الهبة ولو اقر رجل انه
معتق فلان فكذبه المقر له في الولاء اصلا او كان
لا بل واليتني فاقر المقر لغيره والولاء لا يصح عند
الامام وعندهما يصح

كتاب الاكراه

قيل الموالاة تغير حال المولى الاعلى عن حرمة اكل مال
المولى الاسفل بعد موته الى حله كما ان الاكراه تغير
حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا ان يذكر
الاكراه عقيب الموالاة هو لغة مصدر اكرهه اذا
حمله على امر يكرهه والكره بالفتح اسم منه فعل يوقعه
الانسان بغيره فيفوت به اي بذلك الفعل رضاه اي
رضا ذلك الغير فقط بدون فساد اختياره كالحبس
مثلا او يفسد اختياره مع تحقق عدم الرضا ايضا
كالتهديد بالقتل مثلا وفي الدرر ان عدم الرضا
معتبر في جميع صور الاكراه واصل الاختيار ثابت
في جميع صوره لكن في بعض الصور يفسد الاختيار
وفي بعضها لا يفسده اي الاكراه اقول هذا هو المسطور
في كتب الاصول والفروع حتى قال صدر الشريعة
في التنقيح وهو اما ملجئ بان يكون بفوت النفس
او العضو وهذا معدم للرضا مفسد للاختيار واما
غير ملجئ بان يكون بحبس او قيد او ضرب وهذا معدم
للرضا غير مفسد للاختيار فلا يصح ما قال في الوقاية
وهو فعل يوقعه بغيره فيفوت به رضاه او يفسد به
اختياره فان فيه جعل قسم الشيء قسيما له انتهى لكن
يمكن دفعه بان القسم الاول الرضا فقط والقسم
الثاني الرضا مع الاختيار وقال صاحب الاصلاح

وهذا ظاهر بقرينة المقابلة ممن وهم ان فيه جعل
قسم الشيء قسيما له فقد وهم وفي القهستاني ان الاكراه
لم يتحقق مع الرضا وهذا صحيح قياسا واما استحسانا
فلا لانه لو هدد بحبس ابيه او ابنه او اخيه او امه او
زوجته او واحد من محارمه ولاد اكبيع او هبة
او غيره كان اكراها استحسانا فلا ينعقد شيء من هذه
التصرفات وينعقد قياسا لان هذا ليس باكراه حقيقة
مع بقاء اهليته اي الاكراه بقسميه الصحيح للاختيار وفساده
لانه لا ينافي اهلية الوجوب والاداء اذ الاهلية ثابتة بالذمة
والعقل والبلوغ والاكراه لا يخل بشيء منها الا ترى انه
متردد بين فرض وحظر ورخصة ومرة يأثم ومرة يثاب
كما في القهستاني وشرطه اي شرط الاكراه مطلقا
اربعة الاول قدرة المكره بكسر الراء على ايقاع ما هدد
به سلطانا او لصا هذا عندهما لان كل متغلب قادر
على الايقاع وعند الامام لا اكراه الا من السلطان
لان القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان قالوا
هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان
زمان الامام لم يكن فيه لغير السلطان من القدرة ما
يتحقق منه الاكراه وزمانهما كان فيه ذلك فيتحقق
الاكراه من كل متغلب لفساد زمانهما والفتوى على قولهما
كما سيأتي وفي البزازية الزوج سلطان زوجته فيتحقق
منه الاكراه ولم يذكر الخلاف في سوق اللفظ بل لعل انه
الوفاق وفي المنح تفصيل فليطالع وفي الظهيرية ان مجرد
الامر من السلطان اكراه من غير تهديد والثاني خوف
المكره بالفتح وقوع ذلك اي ما هدد به الحامل بان ظن

انه يوقعه

انه يوقعه والحامل اعم ان يكون حقيقيا كما اذا كان حاضرا
او حكميا كما اذا كان غائبا ورسوله حاضر خائفا في الفاعل
منه خوف المرسل واما اذا غاب الرسول ايضا فلا اكراه
كما سيأتي والثالث كونه اي كون المكره ممتنعا عنه
اي قبل الاكراه من فعل ما اكره عليه وفي القهستاني
اذ لو لم يمتنع عنه لم يكن اكراها لفوات ركنه وهو فوت
الرضا كما اشير اليه في الاختيار وفيه دلالة على ان هذا
الشرط مستدرك لحقه اي حق نفسه كبيع ماله او اتلافه
بلا عوض او اعتاق عبد مجانا او لحق آخر ذي او لحق
شخص آخر كاتلاف مال آخر او لحق الشرع كشرب الخمر
والزنا ونحوهما لان الاكراه بهذه الحقوق بعدم الرضا
لامتناعه قبل الاكراه والرابع كون المكره به متلفا
نفسا او عضوا من الاعضاء او موجبا غما يعدم الرضا
لان من كان شريفا يغتم بكلام خشن فيعد مثل هذا في
حقه اكراها اذ هو اشد له من الم الضرب ومن كان رذيلا
فلا يغتم بضرب مولم او بحبس شديد بل يوما في حقه اكراه
لكون الاشخاص متفاوتا وكذا فيه مما يوجب الغم باعدام
الرضا وفي المنح الاكراه بحق لا يعدم الاختيار شرعا
كالعنين اذا اكرهه القاضي بالفرقة بعد مضي المدة
الا ترى ان المديون اذا اكرهه القاضي على بيع ماله
نفذ بيعه والذمي اذا اسلم عبده فاجبر على بيعه نفذ
بيعه بخلاف ما اذا اكرهه على البيع بغير حق فلو اكره
على بيع ماله او شراء سلعة او اجارة دار او اقرار اي
على اقرار لرجل بدين بقتل متعلق باكره بان قال
افعله والا اقتلك او اكره على هذه الاشياء بنحو

فلا يعد الضرب مرة بسوطا ولا الحبس ساعة ح

ضرب شديد وحبس مديد او قيد مديد خير للمكره بعد زوال
الاكراه عنه بين الفسخ اي فسخ العقد الصادر ويرجع
عن الاقرار لانعدام الشرط هو الرضا بالاكراه سوا كان
الاكراه ملجيا او غير ملجي لا امضا لان العقد والاقرار
يثبت الملك ولو باكراه ويمنع النفاذ الذي لا يكون فيه
حق الاسترداد للعاقد لان هذه النفاذ يتوقف علي العقد
بالطوع ويملكه اي المبيع المشتري ملكا فاسدا ان قبضه
اي اذا باع مكرها يثبت فيه الملك ان قبض المشتري
المبيع عندنا وعند زفر والائمة الثلاثة لا يثبت لانه
بيع موقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا انه فات
شرطه وهو الرضا بعد وجود الركن فصار كسائر
الشروط الفاسدة فيثبت الملك وبعض المشايخ جعلوا
بيع الوفا كبيع المكره وصورته ان يقول البايع للمشتري
بعت هذا العين منك بدين لك علي على اني متى قضيت
ديني فهو لي وبعضهم جعلوه رهنا لا يملكه المشتري ولا
ينتفع به واي شي اكل من زوايده يضمن ويسترد عند
قضا الدين ولو استاجره البايع لا يلزمه الاجرة وسقط
الدين بهلاكه وبعضهم جعلوه بيعا جايزا مفيدا لبعض
الاحكام وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع
وفي النهاية وعليه الفتوى وبعضهم جعلوه بيعا باطلا
وفي الكافي والصحيح ان العقد الجاري بينهما ان كان بلفظ
البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ في
البيع عند ادا الدين فسد وان لم يذكرا او تلفظا
بلفظ البيع بالوفا او تلفظا بالبيع الجايز فالحاصل ان
عندهما اي في زعمهما هذا البيع عبارة عن بيع

غير

غير لازم فكذا يعتبر حينئذ عملا بزعمهما وان ذكرا البيع
من غير شرط ثم ذكرا الشرط على الوجه الميعاد جاز
البيع ويلزمه الوفا بالميعاد ثم فرع عليه بقوله
فلو اعتق للمشتري صح اعتاقه لكونه ملكه وكذا
تصرفه فيه تصرفا لا يمكنه نقضه ولزمه اي المشتري
قيمته لانه اتلف حالة الملك بعقد فاسدة وقبض المكره
الثمن من المشتري او تسليم المبيع للمشتري حال
كونه طوعا اي طايعا قيد للمذكورين اجازة بالبيع
والقبض والتسليم طايعا دليل الرضا لا فعلهما
كرها اي ان قبض الثمن وسلم المبيع مكرها لا ينفذ
البيع لعدم الرضا ولا دفع الهبة طوعا بعد ما اكره
عليها اي اذا اكره على الهبة دون التسليم وسلم طوعا
لا يكون اجازة لان غرض المكره انما هو استحقاق
الموهوب له لا مجرد لفظ الهبة والاستحقاق لا يثبت
فيه بدون التسليم فكان التسليم فيه داخلا في الاكراه
والاكراه في البيع يثبت بنفس العقد ولم يكن
التسليم فيه داخلا في الاكراه فافترقا فان هلك
المبيع في يد مشتر غير مكره بفتح الرا والبايع مكره لزمه
اي المشتري قيمته اي قيمة المبيع للبايع المكره لكون
العقد فاسدا فكان مضمونا عليه بالقيمة وللبايع
تضمين اي شاء من المكره بكسر الرا او المشتري لان
لكل واحد منهما دخلا في هلاك ماله واحد منهما
بالذات والاخر بالواسطة فان ضمن المكره
بالكسر لكونه في حكم الغاصب لدفع مال المالك الى
المشتري رجع على المشتري بالقيمة لان بادا

الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له
من وقت وجود السبب بالاستناد وان ضمن البايع
المشتري الاول من المشتري بيع بالقيمة نفذ ما تداولته
البياعات بان باعه المشتري من اخر وباع اخر من اخر
مرة بعد مرة وانما يلزم الضمان لكونه في حكم غاصب باخذه
المال بواسطة من كان دالة للبايع فنفذ كل شرا وقع
ولذا لا يرجع المشتري بما ضمن على المكره الذي كان
واسطة دالة للبايع نفذ كل شرا وقع بعد شرايه
اي المشتري الاول لانه ملكه بالضمان فظهر ان المالك
انه باع ملك نفسه وللبايع المكره ان يضمن من شاء من
المشترين فاي ضمنه ملكه وجازت البياعات
التي بعده لا ينفذ الشرا الذي وقع قبله اي قبل
الضمان لعدم دخوله في ملكه عنده قبل التضمين حتى
ملكه وان اجاز المكره عقدا منها اي من هذه
البياعات جاز ما قبله اي ما قبل هذا العقد ايضا
اي كما جاز ما بعده ويأخذ هو الثمن من المشتري الاول
لان البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه
وقد زال المانع بالاجازة فعاد الكل الى الجواز وفي
الضمان يثبت المستند الى حين القبض له ما قبله
وله اي للمشتري استرداده اي الثمن اذا فسخ
البيع لو كان الثمن باقيا في يد البايع والمكره لفساد
البيع وان كان هالكا لا يأخذ منه شيئا لكونه امانة
في يده لانه اخذه باذن المشتري ولو ذكر هذه المسئلة
عقيب قوله لا فعله كرها كما في اكثر الكتب لكان انسب
تتبع وضرب سوط وحبس يوم لغيره باكراه فانه لا يبالي

بمثله

بمثله عادة فلا يعدم الرضا وهو شرط لثبوت حكم الاكراه
الا في من اي في حق من يستضر به اي بضرب سوط وحبس
يوم لكونه ذا منصب فيكون ضررها مثله لان ضرره اشد
من ضرر الضرب الشديد فيفوت الرضا وفي المبسوط
الحد في الحبس الذي هو اكراه ما يجيء به الاغتمام البين
به وفي الضرب الذي هو اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس
في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان المقادير لا تكون
بالراي ولكنه على قدر ما يرى الحاكم اذا دفع اليه وان اكره
على اكل ميتة او اكل دم ووقع في الاصلاح او شرب دم
لان الدم من المشروب لا من المأكول لكن يمكن التوفيق
بان يكون ماكولا اذا كان جامدا او مشروبا فيما اذا كان
سايلا تدبر او اكل لحم خنزير او اكره على شرب خمر بضرب
او حبس او قيد لا يحل للمكره التناول لان هذا لا يكون
اكراها ملجئا اذ لا يضطر بمثله اكثر الناس فيلزم عليهم
التحمل الا ان يقول لاضربن على عينك او ذكرك وفي
البزازية الاكراه بالحبس المؤبد والقيد المؤبد لا يوجب
الاكراه اذ لم يمنع الطعام والشراب لعدم الافضا الى تلف
نفس او كمال واما الوجيان غما والتناول للتهمة لازالة
الغم لا يحل ومن المشايخ من قال لو اشتد يقع في قلبه
انه بالحبس المذكور او بالحبس في بيت مظلم يخاف عليه
التلف غما او على عضو من اعضائه او عينه بظلمة
المكان يحل ومحمد لم يجعل الحبس الذي كان في زمانه
وهو المكث المجرد اكراها اما الحبس الذي احدثوه
اليوم فهو اكراه لانه تعذيب لا حبس مجرد وان اكره
على تناول هذه الاشياء بقتل او قطع عضو حل تناولها

لان الاكراه ملجئ بها وحرمة هذه الاشيا مقيدة بحالة
الاختيار واما حالة الاضطرار فبقيت على اصل الحل
لقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه ويأثم المكره بصبره
على التلف ان علم الاباحة لانه امتنع عن مباح والقى
نفسه في مهلكة كما في المخمصة اي كما يكون اثما بالصبر
في حالة المخمصة والجوع فاتلف نفسه وذكر شيخ الاسلام
ان المكره انما اثم اذا علم بالاباحة فلم يتناول وكذا اما اذا
لم يعلم فقد رجونا ان يكون في سعة منه لانه يعذر
بالجهل فيما فيه خفا وان اكره على الكفر او سب النبي
عليه السلام بقتل او قطع عضو رخص له اظهاره
اي اظهار الكفر بعينه وقلبه مطمئن بالايمان اي غير
متغير عقيدته ثم قال للمشركين اكرهوا عمارا فاعطاهم
ما ارادوا مع طمانينة القلب فقال عليه السلام
فان عادوا فعد اي ان عادوا الكفر بالاكراه فعد الى
الطمانينة القلب بالايمان فيما اجريته على لسانك
ونزل في حقه قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن
بالايمان ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان به
حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت
النفس حقيقة فيسعه الميل اليه ويوجر بالصبر
على التلف لان خبيبا رضي الله عنه قد صبر حين
ابتلي حتى صلب ولم يظهر كلمة الكفر وسماه عليه السلام
سيد الشهدا وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان
الحرمة قايمة والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز
الدين واقامة حق الله تعالى كان شهيدا وفي الاصلاح
وغيره تفصيل فليطالع ولا رخصة على اجرا الكفر على
اللسان

اللسان بعينهما اي بعين القتل والقطع لان عرضهما ليس بملجي
وان اكره على اتلاف مال مسلم باحدهما اي بالقتل
او القطع رخص الاتلاف له اي للمكره لان اتلاف مال
الغير يستباح للضرورة كما في المخمصة وقد تحققت
والضمان على المكره بالكسر لان المكره في حق الاتلاف
الة للمكره فلم يلزم عليه الضمان وفيه اشارة الى الاحتراز
عن الاكل والتكلم والوطي فان فيها لا يصلح الة والى ان
المكره على الاخذ والدفع الى المكره انما يسعه اذا كان حاضرا
عند المكره فان كان ارسله ليفعل فخاف ان ظفر يفعل
ما يوعده فلم يحل له الاقدام على ذلك لزوال القدرة
على ذلك والالجاد بالبعد منه وبهذا تبين انه لا عذر
لاعوان الظلمة في اخذ الاموال من الناس عند غيبة
الامير وتعللهم بامرهم والخوف من عقوبتهم ليس بعذر
الا ان يكون رسول الامر معه على ان يرده عليه
فيكون بمنزلة حضور الامر وان اكره على قتله
اي قتل غيره او قطع عضوه بالقتل او القطع لا يرخص
له في ذلك بل يلزم الصبر عليه فان قتله اثم لان
قتل المسلم لا يباح لضرورة ما فكيف بهذه الضرورة
الا انه ان يعلم انه لو لم يقتله قتله وكذا لو اكره على
الزنا لا يرخص وفي جانب المراة يرخص لها الزنا
بالاكراه الملجي ولا يلزم الحد اذا اكرهت بغير ملجي كما في التنوير
فان فعل اي قتل او قطع العضو بالكره فالقصاص
على المكره بكسر الرا فقط اي دون المكره بالفتح ان كان
القتل عمدا لكونه فاعلا ولا يقتص للقاتل لانه الة له
كالسيف هذا عند الطرفين وعند ابي يوسف لا يجب

قصاص على احد منهما لان الحد مضاف الى المكره من وجه
لانه المباشر والى المكره من وجه لانه الحامل فهو كالدافع
الى القتل فتمكنت فيه الشبهة في الجانبين فلا قصاص على
واحد منهما فالدية من مالهما اذ العاقلة لا تحملها في العمد
وعند زفر يقتص الفاعل فقط لانه هو المباشر حقيقة
وكذا حكمها لا على المكره وعند الائمة الثلاثة يقتص كل منهما
لكون الفاعل مباشرا والحامل سببا ولو اكره على ان يتردى
اي يسقط من جبل ففعل اي تردى فديته على عاقلة
المكره لانه لو باشر لا يجب عليه القصاص لانه في معنى
القتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا اذا اكره
عليه وهذا عند الامام وعند ابي يوسف يجب الدية
في ماله اي في مال المكره لما مر ان القتل الحاصل بالاكراه
لا يوجب القصاص عنده وعند محمد عليه اي على
المكره القصاص لان القتل بالمثقل كالقتل بالسيف
عنده فيجب القصاص ولو اكره بقتل على تردا اي على
سقوط من مكان عال او اقتحام نار اي لو اكره بقتل
على ادخال نفسه في نار او ماء اي كل واحد من
هذه الثلاثة مهلك فله اي للمكره الخيار في الاقدام
عليه والصبر عند الامام لانه ابتلي ببليتين ~
متساويتين في الافضاء الى الهلاك فيختار ما هو
الاهون في زعمه وقالا يلزمه الصبر اي يصبر ولا يفعل
ذلك لان مباشرة الفعل سعي في اهلاك نفسه فيصير
محاميا عنه ثم اذا القى نفسه فعلى المكره قصاص لانه
مضطر الى الالقاء وعندهما لا قصاص لانه مختار في
الالقاء نفسه فقيد بالقتل لانه لو اكره بالعصا ليس له

الاقدام

كراس ٣٦
٣٥١
٣٥١

الاقدام اتفاقا كما في شرح المجمع ولو وقعت نار في سفينة
فكان بحيث ان صبر احترق وان القى نفسه في الماء غرق
فله اي لمن ابتلي به الخيار بين الصبر والالقاء عند الامام
وعند محمد يلزمه الثبات وعن ابي يوسف روايتان
مع الامام في رواية ومع محمد في رواية وعلة الطرفين
قد مرت قبيله واصل هذه المسئلة في السير الكبير ~
ذكره ابن الساعاتي وان اكره على طلاق امراته او اعتاق
عبده او توكيل بهما اي بالطلاق والاعتاق ففعل اي
اعتق عبده او طلق امراته او وكل بهما فاعتق الوكيل
او طلق نفذ لان الاكراه لا ينافي الاهلية خلافا للائمة
الثلاثة والقياس ان لا يصح الوكالة لانها تبطل بالهزل
فكذا مع الاكراه كالبيع وامثاله وجه الاستحسان ان الاكراه
لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل
ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر لكونها من
الاسقاطات فاذا لم يبطل فقد نفذ تصرف الوكيل فعلى
هذا ما وقع في الفوائد الزينية من انه لو اكره على
الطلاق وقع الا اذا اكره على التوكيل به فوكل يجري
على القياس لا على الاستحسان تدبر ويرجع المكره بقيمة
العبد المعتق على المكره بالكسر في صورة الاعتاق لانه
لانه يصلح الة للحامل نظرا الى الاتلاف لا الى التكلم لان
كلامه بالاعتاق لا يصلح الة للحامل بل يضاف اليه وكذا
يكون الولاء للمكره لا للحامل فتضمنه لاتلافه والاطلاق يعني
مطلقا سواء كان موسرا او معسرا لان ضمان الاتلاف فلا
يختلف باليسار والاعسار ولا سعاية على العبد ولا يرجع
المكره على العبد لان الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع

بعلي غيره وقيل هذا اذا كان العتق بالقول اما اذا كان
بالفعل كما اذا اشترى ذا رحم محرم لا يرجع المكره بالقيمة
لحصول العوض وهو صلة الرحم وفي التجريد ومن اكره
على الشرا ذي رحم محرم منه فهشترة الالف وقيمته
الف او كان المشتري جعله حرا ان ملكه ففعل فهو حر
وعلى المشتري قيمته الف وبطلت الزيادة ولا يرجع
على الذي اكرهه بشي وكذا يرجع المكره على المكره في
صورة التطليق بنصف المهر اذا سمي او يرجع على
المكره بما لزمه من المتعة اذا لم يسم لو كان الطلاق
قبل الدخول لان المكره يصلح آلة للحامل في اتلاف
المال لا في ايقاع الطلاق فلان ما عليه من المهر او المتعة
كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها كالارتداد
او تقبيل ابن الزوج وقد تاكد ذلك بالطلاق كونها
وكان هذا تقرير المال فيضاف التقرير الى الحامل
فكان متلفا له فيرجع الزوج عليه ولا رجوع عليه لو
كان الطلاق بعده اي بعد الدخول لان المهر هنا
تقرر بالدخول لا بالطلاق والدخول لم يكن بصنع
من المكره وفي الجواهر لو قال لعبده ان دخلت الدار
فانت حر فاكره على الدخول عتق ولم يضمن المكره شيئا
وكذا لو اكره على ان يتزوج امراة قد كان جعلها
طالقا ان تزوجها فتزوجها وغرم نصف المهر لم يرجع
على من اكرهه بشي ولو اكره على ان يجعل كل مملوك
يملكه فيما يستقبل حرا ففعل ثم ملك مملوكا بهبة
او صدقة او شرا عتق عليه ولم يغرم الذي اكرهه
شيئا ولو ورث مملوكا ضمن الذي اكرهه قيمته استحسانا

وصح

وصح يمين المكره بشي من الطاعات او المعاصي وصح نذره
اي نذر المكره بكل طاعة كالصوم والصدقة والعتق
وغيرها وصح ظهاره اي ظهار المكره هو تشبيه امراته
بظهر امه فيحرم فيحرم عليه قربانها حتى يكفر لان
كل واحد منها لا يحتمل الفسخ فلا يتاتى فيه الاكراه ولا
يرجع المكره على الحامل في الصور الثلاث بما غرم بسبب
ذلك اذ لا مطالبة له في الدنيا وصح رجعته اي لو اكره
ان يراجع امراته فراجعها صح لانها استدامة النكاح
وايلاوه بان يحلف ان لا يقرب امراته وفيه اي بالسان
فيه اي في الايلا لانه كالرجعة لان كل ما ينعقد مع الهزل
ينعقد مع الاكراه وكذا يصح اسلامه اي اذا اسلم مكرها
يحكم عليه بالاسلام لانه لما احتمل رجحنا الاسلام احتياطا
لانه يعلو ولا يعلى كما في اكثر المعتبرات فيه اعلم ان
ما في الخانية من ان اسلام المكره اسلام عند نا ان كان
حربيا وان كان ذميا لا يكون اسلاما محمول على جواب
القياس لانه يصح في الاستحسان كما في المنح لكن لا قتل
فيه اذا ارتد بعد الاسلام مكرها لان في اسلامه شبهة
دارية للقتل ونظيره السكران فان اسلامه صحيح وكفره
لا يصح ولا يحكم بردته لعدم القصد كما في شرح الكنز ولا
يصح ابراوه اي ابرا المكره دينه عن مديونه او عن كفيل
مديونه لكونهما مما يحتمل الفسخ الفسخ كالبيع فالفاعل
بعد زوال المكره يصير مخيرا وكذا لو اكره الشفيع على ان
يسكت عن طلب الشفعة فسكت لا يبطل شفعته ولا
يصح ردته لما مر من الرخصة في اظهار الكفر اذا اكره بالملجي
فلا تبين بها اي بهذه الردة امراته لعدم الحكم

بردته وانما قيدنا اذا اكره بالملجي لانه لو اكره بغيره فقد
صحت ردته فتبين امرأته فان ادعت المرأة تحقق
ما اظهره وادعى المكره ان قلبه مطمين بالايمان صدق
استحسانا والقياس ان يكون القول قولها ويفرق
بينهما لان كلمة الكفر سبب للبينونة فيستوي فيه
الطايع والمكره كلفظة الطلاق وجه الاستحسان ان
هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما يقع باعتبار
تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغيره فلا تقع
الفرقة كما في شرح الكنز ولو اكره على الزنا فيفعل
المكره حد ما لم يكرهه سلطان لما ان الاكراه لانه
لا يتحقق من غيره عند الامام فان الزنا لا يوجد مع
الاكراه وعندهما لا حد عليه لما ان الاكراه يتحقق
من السلطان وغيره ايضا فلا حد في الصورتين وبه
ايضا يقول الا ائمة يفتى اذ ليس فيه اختلاف
يظهر في حق الحجة فان حكم الاكراه لا خلاف فيه وانما
النظر في ان يقع من غير سلطان اولا فان وقع
من غيره اكراه ملجي كما في زماننا يجري على حكمه
بلا نكير وقال زفر يحد لان انتشار الآلة دليل
الطواعية قلنا ان انتشار الآلة قد يكون طبعا
لا طوعا كما في النائم والصبي كما في بعض المعتبرات
فعلى هذا انه فهم ما قال صاحب الاصلاح من ان
مدار الجواب هنا ليس على ذلك الاصل الخلافي كما
ذهب اليه كثير من الناظرين في هذه المسئلة
بل على اصل اخر قرره الزاهد حيث قال ان الاكراه
لا يتصور في الزنا لان الوطي لا يحصل الا بانتشار

الآلة

منع نفاذ تصرف قولي لان الحجر في الحكميات دون الحسيات
ونفوذ القول حكمي الا ترى انه يرد ولا يقبل والفعل حسي
لا يمكن رده اذا وقع فلا يتصور الحجر عنه وهو المراد
بقوله هو منع نفاذ تصرف قولي واسبابه اي الحجر الصغر
بان يكون غير بالغ فان كان غير مميز كان عديم العقل
وان كان مميزا فعقله ناقص فالظاهر محتمل واذا اذن
له المولى صح تصرفه لترجيح جانب المصلحة والجنون وفي
الدرر فان عدم الافاقة كان عديم العقل كصبي غير
مميز وان وجدت في بعض الاوقات ناقص العقل كصبي
عاقل في تصرفاته واما المعتوه فاختلفوا في تفسيره
واحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط
الكلام فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل
المجنون والرق ليس بسبب الحجر في الحقيقة لانه مكلف
محتاج كامل الراي كالحر الصغير غير انه وما في يده ملك
المولى فلا يجوز ان يتصرف لاجل حقه فان اذن المولى
لنا تحققه اعلم انه تعالى شرف البشر على الانعام
بالعقل وركب فيهم الهوى والعقل وجعل في الملائكة
العقل دون الهوى وفي البهائم الهوى دون العقل
فمن غلب عقله على هواه كان افضل خلقه لما يقاسي
من مخالفة الهوى ومن غلب هواه على عقله كان اردى
من البهائم قال الله تعالى اولئك كالانعام بل هم اضل وجعل
بعضهم ذوي النهى حتى كان بعضهم ائمة الهدى ومصابيح
الدجى وابتلى بعضهم من الردى كالجنون والعته
والصغر وجعل تصرف الصغير والمعتوه غير نافذ بالحجر
عليهما كيلا يتعلق بهما الضرر باحتيال بعض من يعاملهما

وجعل

وجعل الصبي والجنون سببًا للحجر عليهما كما ذكر رحمة منه
ولطفا كما في التبيين ثم فرعه بقوله فلا يصح تصرف
صبي او عبد بلا اذن ولي او سيد كما ذكرنا قبيله هذا
لف ونشر مرتب فلو قال و سيد لكان اولى ولا يصح
تصرف المجنون المغلوب بحال ولو اجازه الولي لعدم عقله
قيد بالمغلوب اي المستغرق لانه ان كان يجن تارة
ويفيق اخرى فهو حال افاقته كالعاقل ومن عقد منهم
اي من هولاء المحجورين وهو يعقله اي يعقل العقد فوليه
مخير بين ان يجيزه اي العقد او يفسخه لانه اذا كان
بهذه الصفة يحتمل ان يكون في عقد مصلحة فيجيزه
الولي او للولي ان لا يكون فيه ذلك كعقد الاجنبي وعند الائمة الثلاثة
لا تصح اجازته ومن اتلف منهم اي من المحجورين شيا
فعليه اي على من اتلف ضمانه بالاجماع لانهم غير
محجورين عليهم في الافعال فلا يصح طلاق الصبي والمجنون
ولو قالوا والمجنون ابدا او لكان اولى ولا يصح اعتاقهما
لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاث عن
الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وظاهره
يقتضي ان لا يتعلق باقوالهما حكم ولذلك لا يقع
طلاقهما ولا اعتاقهما ولا اقرارهما لنقص عقلهما او
عدمه وصح طلاق العبد لقوله صلى الله عليه وسلم
لا يملك العبد والمكاتب الا الطلاق وصح اقراره اي اقرار
العبد في حق نفسه لكونه مكلفا واهلا لا في حق سيده
لعدم ولاية العبد عليه ثم فرعه بقوله فلو اقر اي العبد
المحجور بمال لزمه بعد عتقه لانه اقر على غيره وهو
المولى لان ما في يده ملك للمولى فاذا اعتق زال

الغير
المانع هذا الاقرار الموقوف في حالة حجره في يديه واما اذا اقر له
به فلا يلزمه شيء وفي الخانية ولو ان صبيا سفيها استقرض
مالا ليعطي صداق المرأة صح استقراضه فان لم يعط المرأة
وصرف المال في بعض حوائجه لا يؤاخذ به لا في الحال ولا بعد
البلوغ لانه ليس من اهل الالتزام بخلاف العبد المحجور بلغ
فانه يؤاخذ به بعد العتق لانه اهل الالتزام وان اقر
العبد المحجور بحد او قود لزمه في الحال لانه مبقي على
اصل الحرية والادمية في ايجاب الحد عليه وفي حق الدم
ولهذا لا يجوز اقرار المولى عليه بالحد والقصاص ولا
يحجر على السفيه اي لا يحجر حر عاقل بالغ عن التصرف بسبب
سفه هو اتلاف مال بلا مصلحة لخفة عقله عند
الامام لانه لا يرى الحجر على البالغ العاقل بسبب السفه
والدين والغفلة وان وصلية كان مبذرا لانه مخاطب
قادر على التصرف فابطال قدرته يؤدي الى اهدار ادميته
وهذا اضر من ضرر الاتلاف ومن بلغ غير رشيد وهو
لا ينفق ماله فيما لا يحل ولا يمسك عما يحرم ويتصرف فيه
بالتبذير والاسراف لا يسلم اليه ماله بالاجماع لبقاء
اثر الصبا فلو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال
عنه لانه ليس باثر الصبا حتى يبلغ سنه خمسا وعشرين
سنة فاذا بلغها دفع اليه ماله عند الامام
عند الامام وان لم وصلية يؤنس رشده لان
هذا السن لا ينفك عنه الرشد الا نادرا والحكم في
الشرع للغلبة وان تصرف السفيه فيه اي في ماله
قبل ذلك اي قبل البلوغ الى خمس وعشرين نفذ
تصرفه لعدم الحجر عنده كما ذكر وعندهما والائمة
الثلاثة

الثلاثة يحجر على السفيه ولا يدفع اليه ماله ما لم
يؤنس رشده ولا يصح تصرفه اي تصرف السفيه فيما اي
في ماله بسبب سفه في تصرفات لا تصح مع الهزل كالبيع
والهبة والاجارة والصدقة ولا يحجر عليه في غيرها
كالطلاق والعتاق ولا عن الاسباب الموجبة للعقوبة
كالحد والقصاص اذ لا يجري فيها الحجر بالاجماع لقوله
تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم الى قوله فان انستم
منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم اذ الامر بالدفع
عند ايناس الرشد فلا يجوز الدفع قبل العلم بالرشد
لانه علة المنع هي السفه فيبقى المنع ما دامت العلة
باقية فلا يكون للزمان دخل هنا وفي التنوير برمته
وبقولهما يفتى نقلا عن الخانية ثم فرع عليه بقوله
فان باع المحجور لا ينفذ بيعه لانه محجور عندهما
ففائدة الحجر عدم النفاذ وان كان فيه اي في بيعه
مصلحة بان كان بمثل القيمة او كان رابحا وكان الثمن
باقيا في يده اجازه الحاكم وان كان الثمن اقل من
القيمة او كان البيع خاسرا او لم يكن الثمن في يده لم
يجز والحاصل ان تصرفه موقوف لاحتمال ان يكون
فيه مصلحة فان راى الحاكم فيه مصلحة اجازه والا
رده وان باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف
وعند محمد لا يجوز وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما
لان كل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه
والعتق لا يؤثر فيه الهزل فينفذ من السفيه وعند
الشافعي لا ينفذ والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه
بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته

الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق
فكذا السفيه وسعى العبد في قيمته اي اذا انفذ عندهما
نعني العبد ان يسعى في قيمته عند محمد وهو قول ابي
يوسف اولا لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق
الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر
على المريض وفي قوله الاخر وهو رواية عن محمد
ليس عليه سعاية لانه لو وجب انما يجب حقا لمعتقه
والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق
ولو دبر عبده صح تدبيره لانه يوجب حق العتق
للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق الا انه لا يجب السعاية
ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه وان مات المولى
قبل رشده اي قبل ان يونس منه الرشد سعى العبد
في قيمته مدبرا لانه بموت المولى عتق ولانه اعتقه
في حياته فعليه السعاية في قيمته مدبرا لان
العتق لاقاه مدبرا كما لو اعتقه بعد التدبير وفي شرح
الكنز للعيني وان جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت
نسبه منه وكان الولد حرا والامة ام ولد له لا سعي
هي لا ولدها في شي كالمصلح في ما لو اعتقها من غير ان
يدعي الولد ولو لم تكن معها ولد فقال هذه ام ولدي
كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها فان مات
سعت في كل قيمتها كالمريض اذا قال لامته وليس معها
ولد فقال هذه ام ولدي ويصح تزوجه اي تزوج
السفيه ملابسا بمهر المثل وانما صح نكاحه لانه
لا يوثر فيه الهزل فلا يوثر فيه السفه مع ان التزوج
من حوائجه الاصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب
المهر

المهر فيلزم منه قدر مهر المثل لانه من ضرورات صحته
كما في الكنز الكبير لكن ان ما هو من ضرورات صحة النكاح
فقد ادا النصاب من المهر لا قدر مهر المثل كذا قرره وان سمى
اكثر من مهر المثل بطلت الزيادة لان ما زاد عليه يلزمه
بالتسمية وهو ليس من اهل التزام المال وان طلقها
قبل الدخول وجب لها نصف المسمى وكذا لو تزوج
اربعا كل يوم واحدة فطلقها كما في التبيين وتخرج
على صيغة المبني للمفعول من الافعال زكاة مال
السفيه لانه واجب عليه حقا لله تعالى وينفق منه اي من
ماله عليه وعلى من تلزمه نفقته من اولاده وزوجته
وسائر من تجب عليه نفقته لان احيا هولا من حوائجه
الاصلية حقا لقرابته والسفه لا يبطل حق الله تعالى ولا حق
الناس ويسلم القاضي النفقة الى امينه ليصرفه الى مستحقها
لانه لا يحتاج فيه الى النية فاكتفى فيها بقول الاصل ويدفع
القاضي قدر الزكاة من ماله اليه اي الى السفيه ليوديه
بنفسه ليصرفها الى مصرفها لان الواجب عليه الايتا وهو
عبارة عن فعل يتصل هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنية
ويوكل اي القاضي عليها امينا الى ان يوديها كيلا
يصرفها الى غير المصرف فان اراد حجة الاسلام لا يمنع منها
اي من الحجة لانه واجب عليه بايجاب الله تعالى من غير
صنعه وفي الزايض هو ملحق بالمصلح وعن السفيه اولا
تهمة فيه ولا يمنع من عمرة واحدة والقياس ان يمنع لانه
تطوع كالحج تطوعا وجه الاستحسان انها واجبة عند
بعض العلما فيمكن منها احتياطا وكذا لا يمنع من ان
يسوق البدنة تحرزا عن موضع الخلاف ولا يمنع من

القران وان جنى في احرامه ينظر ان كان جنايته يجوز فيها
الصوم كقتل الصيد والحلق عن اذى ونحو ذلك لا يمكن من
التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وان كان جناية لا يجزي فيه
الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب وترك الواجبات
فانه يلزمه الدم ولكن لا يمكن من التكفير في الحال بل يؤخر
الى ان يصير مصلحا بمنزلة الفقير الذي لا يجد مالا والعبد
الماذون له في الاحرام وكذا لو جامع امراته بعد الوقوف
بعرفة تلزمه بدنة ثم يتكلف الى ان يصير مصلحا وتدفع نفقته
اي نفقة السفيه في طريق الحج والعمرة الى ثقة من الحجاج
ينفق اليه اي الى السفيه في الطريق بالمعروف لا تدفع اليه
كيلا يبذر ولا يسرف وتصح منه اي من السفيه الوصية
في القرب جمع قربة وابواب الخير من الثلث ان كان له وارث
والقياس انها لا تصح لانه تبرع لكنا استحسنا ذلك اذا كانت
مشروعا با الناس لانها قربة يتقرب بها الى الله تعالى
وهو محتاج اليه سيما في هذه الحالة وفيه اشارة الى انه
اذا اوصى بما يستحقه يستقبحه المسلمون فلا ينفذ كما في
التبيين ويحجر على المفتي الماجن هو الذي يعلم الناس
الحيل الباطلة بان علم المراة الارتداد لتبين من زوجها
وبان علم الرجل ان يرتد لتسقط عنه الزكاة ثم يسلم
ولا يبالي ان يحرم حلالا او يحل حراما والطبيب الجاهل
هو الذي يسقي الناس في امراضهم دواء مخالفا لعدم علمه
فيفسد ابدان المسلمين والمكاري المفلس لانه ياخذ الكرا
اولا ليشتري به الجمال والظهر ويدفعه الى بعض ديونه فيموت
المسلمين من نحو الحج والغزو اتفاقا قيد للثلاثة جميعا
لان منع كل واحد منها دفع ضرر العامة اذ المفتي الماجن

يفسد

يفسد على الناس دينهم والطبيب الجاهل يهلك ابدانهم
والمكاري المفلس يتلف اموالهم فيحجر هولاء عن عملهم
لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر
ولا يحجر على فاسق سوا كان اصليا او طاريا ويفعل اذا
كان كل واحد منهما مصلحا لماله لان حجر السفيه عندهما
كان للنظر له صيانة والفاسق يصلح ماله فيدخل تحت
قوله تعالى فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم
لانه تعالى علق الدفع بعلم رشد واحد لانه نكرة في
الاثبات فيكون اقله كافيا فالمراد هو الرشد في المال
لا في الدين بكسر الدال لانه لا يلزم الرشد ان لو كان
الفسق موجبا للحجر لكان حجر الكافر اولى به ولم يذهب
اليه احد وعند الشافعي يمنع زجرا له وعقوبة عليه
وان كان مصلحا لماله ولذا لا يكون الفاسق اهلا
للولاية والشهادة عنده وفي المنح ولو ان قاضيا حجر على
مفسد يستحق الحجر ثم رفع الى قاض اخر فاطلقه ورفع
عنه الحجر فاجاز ما صنع جاز اطلاق الثاني لان قضاء
الاول كان في فصل مجتهد فيه وهذا اطلاق في نفس
القضاء ولان الحجر الاول لم يكن قضاء لعدم المقضي عليه
فينفذ قضاء الثاني فهو بمنزلة ما لو قضى وهو محجور
عليه فاذا اطلقه الثاني صح اطلاقه وليس للقاضي
الثالث بعد ذلك ان ينفذ قضاء الاول بالحجر ولا يحجر من
له غفلة شديدة عند الامام لانه ليس بمفسد ماله ولا
بقصد لكنه لا يهتدي الى التصرفات الرابحة فيغبن
في البياعات لسلامة قلبه وعندهما يمنع القاضي
عن التصرف شفقة له وهو قول الائمة الثلاثة كما في

اكثر المعتبرات لكن المص لم يذكر الاختلاف في المتن بل اكتفى
بصورة الاتفاق اكتفا بذكر حكم السفيه لمشاركته في اتلاف
المال او لعدم اعتنا قولهما في هذه المسئلة تتبع ولا يحجر
على مديون وان طلب الحجر غرماؤه عند الامام لانه منع
عن التصرف بطلب الغرما يبطل اهليته والحاقه بالبهايم
وهو شنيع لا يرتكب لدفع ضرر خاص ولا يبيع القاضي
ماله اي مال المديون فيه اي في الدين لان تصرف الحاكم فيه
حجر عليه ولان البيع لا يجوز الا بالتراضي بالنص فيكون
باطلا بل يحبسه اي القاضي ليبيع ماله ابدا حتى يبيعه اي
المال هو اي المديون بنفسه فيكون الحبس لقضا الدين
لا لاجل البيع لان قضا الدين بالبيع ليس بطريق
متعين بل يكون بالاستيهاب والاستقراض والصدقة
من الناس الا ان قدرته على القضا ببيع ماله الموجود
اظهر من قدرته عليه بالاستقراض ونحوه وسبب
الحبس المماطلة والظلم بتاخير القضاء الواجب وامتناعه
مع القدرة عليه فان كان والاولى بالواو وماله اي مال
المديون من جنس دينه كالدراهم اداه اي الدين الحاكم
منه اي من جنس الدراهم بالاجماع لان للداين الاخذ
بلا رضا المديون عند المجانسة فللقاضي اذا قضى دينه
لا يلزم حجره عند الامام لان قضا الدين من القاضي
اعانة ويبيع احد النقدين بالاخر استحسانا بالاجماع
وفي القياس لا يبيع الدراهم للدنانير جبرا وجه القياس
ولان الدنانير مغاير للدراهم للاختلاف في الصورة ولا ياخذ
رب الدين جبرا وجه الاستحسان الاتحاد في الثمنية
ولذا يضم احدهما الى الاخر في الزكاة وعندهما والايمة
الثلاثة

الثلاثة يحجر عليه اي على المديون ان طلب غرماؤه الحجر عليه
ويمنع من التصرف الذي يضر بالغرما ويمنع من الاقرار
اي اقراره الدين لغيرهم حتى لا يضر بالغرما لان الحجر على
السفيه انما جوازه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرما لانه
عساه يلجي ماله فيفوت حقهم ومعنى قولنا ويمنعه من
البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا
يبطل حق الغرما والمنع لحقهم فلا يمنع منه كما في الهداية
ويبيع الحاكم ماله اي مال المديون الحاضر لوفاء الدين
عندهما
من ثمنه لانه لو كان غايبا لا يبيع ماله اتفاقا ان امتنع
من بيعه ويقسمه اي يقسم ثمنه بين غرمايه بالحصص
اذ الايفا حق عليه فلما ابى ناب عنه الحاكم كما في المجبوب
اذا امتنع عن مفارقة فرق الحاكم بينهما والاصل ان من
امتنع عن ايفا حق مستحق عليه وهو مما يجري فيه النيابة
ناب القاضي منابه كذمي اسلم عبده فابى ان يبيعه باعه
القاضي عليه وان اقر حال حجره بمال لزمه ذلك المال
بعد قضا ديونه لا في الحال لان المديون لما حجر للغرما
تعلق حقهم بما في يده فلا يملك ابطاله بالاقرار لغيرهم
مع ان الاقرار امر مشاهد فيحتمل ان يكون كاذبا فلا
يزاحم لكن ينفذ اقراره على نفسه وفيه اشارة الى انه
لو استفاد مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره وتبرعاته فيه
لان حقهم تعلق بالمال القايم لا بالمستفاد والى انه لو
استهلك مالا لغيرهم فله ان يشاركهم فيما بيده لانه
مشاهد وكذا لو تزوج امراة بمهر مثلها وكذا لو كان
وجوب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه او بشهادة الشهود
فله ان يشاركهم فيه وينفق من مال المفلس عليه وعلى من

تلزمه نفقته كاولاده الصغار وزوجته وذوي ارحامه
لان حاجته الاصلية مقدمة على الغرما والفتوى على قولهما
في بيع ماله لامتناعه عن البيع كما في الاختيار وتباع
النقود جملة مستانفة استينافا بيانيا كانه قال فاذا
اذا كان الفتوى على قولهما في بيع ماله فاي ماله يباع
فاجاب بقوله وتباع النقود اولا ثم تباع العروض ثم
العقار وقيل يبدا القاضي ببيع ما يخشى عليه التوى
من عروضه ثم ما لا يخشى التلف منه ثم بيع العقار
فالحاصل ان القاضي نصب ناظرا فينبغي له ان ينظر
للمديون فيبيع ما كان انظر له ويبيع ما يخشى عليه التلف
انظر له ويترك له اي للمديون دست من ثياب بدنه
ويباع الباقي لان به كفاية وقيل يترك دستان لانه
اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس وقالوا اذا كان
للمديون ثياب يلبسها ويكتفي بدون ذلك فانه يبيع ثيابه
فيقضي الدين ببعض ثمنها ويشتري بما بقي ثوبا يلبسه
لان قضا الدين فرض عليه وكان اولى من التجمل وعلى
هذا اذا كان له مسكن ويمكنه ان يجتزي بما دون ذلك
يبيع ذلك المسكن ويقضي ببعض ثمنه الدين ويشتري
بالباقي مسكنا يكفيه كما في التبيين ومن افلس وعنده
متاع رجل شراه منه اي من الرجل فقبضه من البايع
بعد الشرا باذنه والمتاع قايم بيده فرب المتاع اسوة
الغرما فيه اي في المتاع فيباع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص
اذا كان الدين كله حالا واما اذا كان الدين بعضه حالا
فيقسم بين غرما الحال ثم بعد انقضا الاجل شاركهم فيما
قبضوه بالحصص كما في القهستاني وقيدنا القبض بعد

الشرا

الشرا بالاذن لانه اذا افلس قبل قبضه او بعده بغير اذن بايعه
كان للبايع استرداده وحبس المبيع بالثمن وقال الشافعي
البايع اولى سوا كان قبل القبض وبعده • فصل
في بيان احكام البلوغ الغلام بالاحتلام والانزال او
الاحبال اي بجعل المراة حبلى وبلوغ الجارية بالحيض
والاحتلام او الحبل بفتحتين وذا لا يكون بلا انزال منها
ولذا لم يذكر الانزال في الجارية قيل وجه عدم الذكر فيها انه
امر باطني لا يعلم منها كما يعلم من الصبي وفي الدرر والاصل ان
البلوغ يكون بالانزال الحقيقي ولكن غيره مما ذكر لانه لا
يكون الا مع الانزال فجعل كل واحد علامة على البلوغ
وفي التسهيل فعلى هذا ينبغي ان يكون المراد بالاحتلام
هو الاحتلام مع الانزال فحينئذ يغني ذكر الانزال
عن ذكر الاحتلام وفي العناية في عدم كون الحيض
الا مع الانزال كلام تدبر انتهى لكن يمكن ان الحيض لا يوجد
الا ممن يحبل عادة وذا يكون بعد الانزال فان لم يوجد
شي من ذلك اي من اسباب الحكم ببلوغهما فاذا تم له اي للغلام
ثماني عشرة سنة يحكم ببلوغه واذا تم لها سبع عشرة سنة
يحكم ببلوغها عند الامام لقوله تعالى ولا تقربوا مال
اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده واشد الغلام
على ما قال ابن عباس رضي الله عنه وصفه ثماني عشرة
سنة وقيل اثنان وعشرون وقيل خمس وعشرون فوجب
ان يدور الحكم على القول الاول للاحتياط الا ان الجارية
اسرع بلوغا من الغلام ففرقنا بينهما بسنة وعندهما
والايمة الثلاثة اذا تم خمس عشرة سنة فيهما اي في
الغلام والجارية وهو رواية عن الامام وبه يفتى لان

يحكم ببلوغ

علامة البلوغ لا ننتاهر عن هذه المدة فيهما غالبًا وادنى مدته
اي مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه له اي للغلام ثنتا عشرة
سنة ولها اي للجارية ادنى المدة تسع سنين كذا ذكروا ولا
يعرف ذلك الا سماعًا او بالتتبع واذا راهقا اي قربا البلوغ
وقالا قد بلغنا صدقا في دعواهما ان لم يكذبهما الظاهر
لما في الخانية صبي اقر انه بالغ وقاسم وصي الميت قال ابو بكر
ابن محمد ابن الفضل ان كان الصبي مراهقا قبل قوله
ويجوز قسمته وان لم يكن مراهقا ويعلم ان مثله لا يحتلم
لا يجوز قسمته ولا يقبل قوله لانه يكذبه ظاهرا ويقبل
هذا ان بعد ثنتي عشرة سنة اذا كان بحال لا يحتلم مثله
اذا اقر بالبلوغ لا يقبل قوله وكانا اي الغلام والجارية
كالبالغ حكمًا اي احكامهما كحكم البالغين لانه امر لا يوقف
عليهما الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما بالضرورة والله
اعلم

كتاب المأذون

ايراد المأذون
بعد الحجر ظاهر المناسبة ان الاذن يقتضي سبق الحجر وفي
اللغة عبارة عن الاعلام وفي الشرع الاذن فك الحجر
الثابت شرعا واسقاط الحق مطلقا سواء كان في حق الصبي
او المعتوه او حق مولى العبد وقد ذهب البعض الى تخصيص
الاسقاط بحق مولى العبد هنا وهو التصرف الى حق
مولاه اذ هذا الحق يمنع تصرف العبد لنفسه فان المسقط
المولى حقه هذا يقدر العبد الى الاكتساب بالاضافة
الى نفسه ليتعلق حق من يعامله بذمته ولا يقدر الى
دفع يد مولاه عما اكتسبه كالحر فيما اخذ من كسب عبده
كما في شرح الوقاية لابن الشيخ وفي الدرر الاذن نوعان
احدهما اذن العبد وهو فك الحجر بالرق الثابت شرعا

على العبد

على العبد واسقاط الحق فيتصرف العبد لنفسه باهليته
والنوع الثاني اذن الصبي والمعتوه وهو فك الحجر واثبات
الولاية لهما ثم يتصرف العبد بعد ذلك لنفسه باهليته الاصلية
فقوله ثم يتصرف عطف على محذوف فان قوله الاذن فك الحجر معناه
اذا اذن المولى ينفك الحجر عن العبد فعطف على قوله ينفك
قوله ثم يتصرف العبد فقوله واسقاط الحق كالتفسير لقوله
فك الحجر فلا تلزم تفريع على كون تصرف العبد لنفسه
باهليته سيده عهدته اي عهدة التصرف كما اذا اشترى
شيا ولم يؤد ثمنه يطلب منه الثمن يطلب من الموكل لا من
الوكيل ولا يتوقف الاذن بزمان ولا مكان فلو اذن له
اي العبد يوما ونحوه من اليوم المعين والليل والشهر
والسنة او مكانا فهو ماذون دايما الى ان يحجر عليه لان
الاسقاطات لا تتوقف فان قيل ينبغي ان لا يكون له
ولاية الحجر لان الساقط لا يعود قلت نعم ولاية الحجر باعتبار
بقاء الرق فكان في الحجر امتناع عن الاسقاط فيما يستقبل
لا ان الساقط يعود وفيه اشعار بان تعلق الاذن بالشرط
جايز كاضافته الى المستقبل كما في القهستاني ولا يتخصص
بنوع من التجارة فاذا اذن في نوع من التجارة كان ماذونا
في ساير الانواع حتى لو اذن بشرا الخز ونهى عن شرا البز
كان ان يشترى البز وغيره وان لم يكن العبد مهتديا الى
التصرف من غير الخز والتسبع عالم به فان قلت انه ازال الحجر
في حق تصرف خاص قلت نعم الا انه يوجبه الرضا بتعطيل
منافعه مطلقا والتخصيص لغو كما في القهستاني وقال
زفر الاذن عبارة عن توكيل وانابة فيتقيد بما قيد
به المولى وبه قال الشافعي واحمد ويثبت الاذن صريحا

وما يرجع على سيده لانه اشترى لنفسه لا لسيده والوكيل عكس هذا اذا الثمن صح صح

كما اذا قال لعبده اذنت لك في التجارة ودلالة بان راى عبده
يبيع ويشتري فسكت ولم يمنعه منه فسكوته اذن له في التجارة
بخلاف سكوت القاضي فانه ليس باذن لكن لا يكون ماذونا
في ذلك الشي لانه وسيلة الاذن ووسيلة الشي خارج
من ذلك الشي لانه وسيلة الاذن ووسيلة سواء كان المبيع
للمولى او لغيره بامره او بغير امره بيعا صحيحا او بيعا فاسدا
وفي التبيين هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وذكر قاضي
خان في فتاواه اذا راى عبده يبيع عينا من اعيان
المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا راى الراهن
يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن انتهى لكن يمكن التوفيق
بين كلام صاحب الهداية وقاضي خان بان يقال المراد
قاضي خان بقوله لم يكن ذلك اذنا انه هو ان سكوت المالك
فيما اذا راى عبده يبيع من اعيان مال المولى لا يصير اذنا
في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق ساير
تصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ويرشد اليه
قوله وكذا المرتهن الى اخره فان المراد هنا عدم صحة
التصرف الذي صادفه السكوت لا محالة وكذا يؤيده ما
قال القهستاني في هذا المحل نقلا عن الذخيرة فانه يصير
ماذونا فيما يستقبل فتصح تصرفاته لا فيما يبيع من مال
سيده في الحال لانه لا بد فيه من الاذن الصريح بخلاف
ما اذا اشترى من ماله فعلى هذا ان ما في الدرر في
هذا المحل محل تامل تتبع وعند زفر والشافعي لا يثبت
الاذن بسكوت المولى عندما يراه يبيع او يشتري لانه
يحتمل الرضا والسخط فلا يثبت بالشك قلنا ان العادة
قد جرت بذلك لاجل دفع الضرر عن الناس ولهما اذن وحجر

مقدم

كراس ٣٧

٦١ ٣

مقدم اذنا عاما لا بشرا شي بعينه او شرا طعام الاكل او شرا
ثيابا للكسوة يعني للعبد الذي قال له مولاه قد اذنت
لك في التجارة ولم يقيده بشرا شي بعينه او بشرا طعام
الاكل او ثياب الكسوة ولم يقيده ايضا بنوع من التجارة
ان يبيع مبتدا مؤخر ويشتري لان اللفظ يتناول جميع
انواع التجارات اما اذا امره بشرا شي بعينه كالطعام
والكسوة لا يكون ماذونا له لانه استخدام ولو صار ماذونا
له لتضرر بها في شرح الكنز للعيني وفي القهستاني اذا قال
له اذنت لك في التجارة اي في كل تجارة او قال له اشتر لي ثوبا
وبعه او قال له اجر نفسك من الناس فانه صار ماذونا
لانه امر بالعقود المتكررة بخلاف ما لو قال له اشتر لي ثوبا
للكسوة او اجر نفسك من فلان في عمل كذا فانه لم يصر
ماذونا لانه امره بعقد واحد وقد صح ان يكون استخداما
فلو لم يصح للاستخدام صار ماذونا وان امره بعقد واحد
كما اذا اغصب العبد متاعا وامره السيد ان يبيعه فانه
صار ماذونا لانه لم يكن ان يجعل استخداما لا للسيد وهذا
ظاهر ولا للمالك لانه لم يمثل له وعلى هذا الاصل يخرج مبنى
هذه المسايل كما في الذخيرة ويوكل بهما اي له التوكيل بالبيع
والشرا لانه من توابع التجارة فلعله لا يتمكن من مباشرة
الكل فيحتاج الى معين وله ان يسلم اي يجعل نفسه رب
السلم وله ان يقبل السلم اي يجعل نفسه المسلم اليه لانهما
من توابع التجارة وله ان يرهن ويرتهن لانهما ايفاء
واستيفاء وهما من توابع التجارة ويزارع اي له ان
يدفع الارض مزارعة ويأخذها مزارعة لانها من عمل
التجارة وله ان يشتري بذرا يزرعه لانه يربح وله

ان يشارك عنانا لانه وكالة وليس له ان يشارك مفاوضة
لانها كفالة وله ان يستاجر الاجير والبيت وغيرهما ويؤجر
ولو وصلية نفسه فان اجارة نفسه بيع منافعه وليس
كبيع نفسه فيملك التصرف وعند الايمة الثلاثة ليس
له ذلك لان ذلك تصرف في نفسه فلا يتناوله الاذن وله
ان يضارب اي ياخذ المال مضاربة ويدفع المال مضاربة
لانه اذا دفع يكون مستاجرا وان اخذ يكون موجرا
نفسه وهما من التجارة وله ان يبضع اي يدفع المال
بضاعة يعني له ان يعطي رجلا قدر راس المال ليتجر به
ويكون الربح له وله ان يعير وله ان يقر بدين اذ لو لم يجز
الاقرار لم يعامله احد فيكون من لوازم المعاملة سواء
صدقه المولى او كذبه وسواء كان مديونا او لا هذا اذا كان
اقراره في صحته وان كان في المرض قدم غرماء الصحة
كما في المح وعند الايمة الثلاثة بدين معاملة فقط
واذا اقر بدين زوجته وولده ووالده بطل عند الامام خلافا
لهما وبوديعة لان الايداع وقبول الوديعة من عادة
التجار فله ان يقر بهما وبغصب لان ضمان الغصب ضمان
معاوضة فيملك المغصوب بالضمان فله ان يقر به ولو باع
او اشترى بغبن فاحش جاز عند الامام لان الماذون له
متصرف باهلية نفسه كالحر فيصح عقده بالفاحش
ولو عقد عن البيع بالغبن الفاحش كما في المنح خلافا
لهما لان المقصود من الاذن الاسترباح والعقد
بالفاحش اتلاف فلا يدخل تحت الاذن فلا يملك قيد
بالفاحش لان بيعه وشراءه بغبن يسير جاز بالاتفاق
لتعذر الاحتراز عنه ولو حابى العبد الماذون اي باع
شيئا

شيئا باقل من قيمته والمحاباة الغبن بالرضا في مرض موته صح
من جميع المال ان لم يكن عليه اي على الماذون دين فينفذ
وان زادت المحاباة على الثلث وان كان عليه دين فمن جميع
ما بقي بعد الدين يعني يؤدي دينه اولا فما بقي يكون المحاباة
من جميعه لان الاقتصار في الحر على الثلث ولا للعبد
والمولى وان كان بمنزلة الوارث الا انه رضي بسقوط حقه
بالاذن فصار كالوارث اذا اسقط حقه من الثلثين
وان لم يبق شيء بعد الدين بان كان محيطا بما في يده ادى
المشتري جميع المحاباة او رد المبيع اي يقال له ادّ جميع
المحاباة والا فرد المبيع كما في الجوهرة هذا اذا كان المولى
صحيحا وان كان مريضا لا تصح محاباة العبد الا من ثلث
مال المولى كتصرف المولى بنفسه كما في التبيين وله اي الماذون
ان يضيف من يعامله لجريان العادة بذلك بين التجار
لاستجلاب القلوب وفي البزازية ويتخذ الضيافة اليسيرة
لا الكثيرة وذا بقدر المال حتى لو كان في يده عشرة الاف
درهم فبعشرة يسيرة ولو عشرة دراهم في يده فبدانق
كثيرة وله ان يحط من الثمن قدر ما يحط التجار لانه لا يملك
ان يحط الكثير من الثمن اكثر من العادة لانه تبرع بعد تمام
العقد بعيب اي بسبب عيب ظهر فيه لانه من صنيع التجار
قيد بالعيب لانه لا يحط بدونه لانه تبرع وله ان ياذن
لرقيقه في التجارة لانه نوع تجارة والاصل ان كل من له
ولاية التجارة يصح اذنه للعبد فيها كالمكاتب والماذون
والمضارب والاب والجد والقاضي وشريكي المفاوضة والعنان
والوصي ولا يجوز للام والاخ والعم لانه ليس لهم ولاية
التجارة كما في الاختيار لا ان يتزوج اي ليس له ان يتزوج دون

لحق الورثة ولا وارث للعبد
لعل العبارة هكذا

ان يزوج الا باذن المولى لانه ليس من باب التجارة ولا ان يكسر جارية اشتراها وان اذن له مولاه كما في جواهر الفقه او يزوج عبده لان التزويج ليس بتجارة فلا ولا يقال في ذلك الا باذن المولى وكذا لا يزوج امته عند الطرفين خلافا لابي يوسف فان عنده يزوج الامة دون العبد لان تزويجها تحصيل مال باسقاط النفقة وايجاب المهر فيصير كاجارتها ولهما ان الاذن لا يتناول غير التجارة وقد مر ان التزويج ليس منها ولا ان يكاتب رقيقه لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة مال بمال والبدل في الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال او يعتق ولو على مال لان الاعتاق فوق الكتابة فاذا لم يملك هذا لا يملك الاعلى وليس بحرفيه يملك التحرير وهنا اذا لم يجز للولي فان اجاز ولا دين عليه جاز وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن ضمن قيمة العبد للغرما او يقرض اي ليس له ان يقرض لانه تبرع ابتدا او يهب ولو بعوض لانه من التبرعات الا ان يهدي اي ليس له الاهدا الشي اليسير من الطعام وهليته كالرغيف ونحوه لاستجلاب القلوب لا الدراهم والدنانير والمحجور لا يهدي اليسير ايضا لعدم الاذن وعن ابي يوسف اذا دفع المولى الى العبد المحجور قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام للاكل معه فلا باس به لعدم ظهور الضرر على المولى بخلاف ما لو دفع اليه اي الى العبد المحجور قوت شهر لها في اكلهم حينئذ ضرر بين للمولى قالوا ولا باس للمراة ان تتصدق من بيت زوجها اليسير كالرغيف ونحوه بدون استطلاع راي الزوج لانها غير ممنوعة

من قبله

من قبله عادة وهذه المسئلة ليست من مسايل هذا الباب فيكون ذكرها لمناسبة هي كونه ماذونة عادة وفي اكثر الكتب والاب والوصي لا يمكنان في مال الصغير ما يملكه العبد الماذون له من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة وما لزم الماذون من الدين بسبب تجارة او ما في معناها اي في حكم التجارة كبيع وشرا نظير التجارة فتبل صوره وجوب الدين بالبيع والشرا ان يبيع ويستحق المبيع ويهلك الثمن في يد مولاه او وديعة واستيجار وغصب وجحد امانة وعقر امة شراها موطيها فاستحقت نظيرها ما هو في معنى التجارة فتبل صورة وجوب الدين بالاجارة ان يا خذ الماذون الاجرة معجلا ثم يهلك المستاجر او يستحق قبل تمام المدة يتعلق ذلك الدين برقبته اي الماذون وفيه اشعار بانه لو باع مولاه بعد الدين كان باطلا وقيل معناه سيبطل لانه موقوف على اجازة الغرما وقيل انه فاسد لانه لو اعتقه المشتري صح بعد القبض يصح ويغرم قيمته فلا يكون موقوفا كما في القهستاني فيباع فيه اي يبيع القاضي الماذون منه في ذلك الدين بطلب الغرما بحضرة مولاه او نايبه وان لم يرض بذلك مولاه ان لم يفده اي الدين المولى وقال زفر يتعلق بالكسب لا بالرقبة لانه ماذون في التجارة لا في التصرف في رقبته لان غرض المولى من اذنه تحصيل مال ما لم يكن لا تفويت ما لقد كان بخلاف دين الاستهلاك فانه يباع فيه كالجناية لا تعلق لها بالاذن وبه قال الشافعي ومالك وعن احمد يتعلق بذمة مولاه ولنا ان الظاهر في المولى

بسبب الاذن وكل دين يظهر في حقه فهو متعلق بالرقبة
لانه لابد من محل يستوفى منه واقرب المحال اليه فصار
كدين الاستهلاك والجامع دفع ضرر الناس ويقسم
القاضي ثمنه اي ثمن العبد وما في يده اي يد الماذون
من كسبه بين الغرما بالحصص اي بقدر نصيب كل واحد
منهم لان ديونهم متعلقة برقبته فيتحاصصون في
الاستيفا من البدل كما في التركة سوا كان كسبه اي كسب
ما في يده قبل الدين او بعده او الهبة حاصله سوا كانت
كسبه قبل الدين او بعده بالمبايعة او بقبول الهبة
وفيه اشعار بانه يشترط حضور الماذون في بيع
كسبه لانه الخصم فيه ولا يشترط رضاه ولا حضور
مولاه وما بقي عليه اي على العبد من الدين بعد ما
اقتسم الغرما ثمنه يطالب به بعد عتقه ولا يطالب
به للحال اذ لهم الخيار في التقليل التعاجل بالبيع والكثير
الاجل بالسعاية لا في الجمع بينهما ولا في الطلب من
المولى لانقطاع تعلقه به وما اخذه سيده منه اي من
كسبه قبل ظهور الدين لا يسترد لانه اخذه حين
كان فارغا من حاجة العبد فخلص له بحدوث القبض وله
اي للمولى اخذ غلة اي اجرة مثله مع وجود الدين
يعني لو كان المولى ياخذ من العبد كل شهر عشرة دراهم
مثلا قبل لحوق الدين يكون له اخذ غلة بعد وجود
الدين مثل ما اخذه قبل الدين استحسانا والقياس
ان لا ياخذ لان الدين مقدم على حق المولى في الكسب
وجه الاستحسان ان في اخذه الغلة منفعة للغرما
فانه يتركه على حاله لاجل ان يحصل له من المنفعة ولو لم

ياخذ

ولو لم ياخذ يحجر عليه فينسد عليهم باب الاكتساب والزايد
عليها اي على غلة مثله يطلب لهم لعدم الضرورة فيه
وتقدم حقهم ويحجر الماذون عند الجمهور بان ابق لان
الاباق يمنع ابتداء الاذن عندنا على ما ذكر شيخ
الاسلام فيمنع [illegible] وكذا يمنع بقاه فلا يلزم شي من
تصرفاته كالبيع وعند زفر والايمة الثلاثة يبقى ماذونا
لان الاباق لا ينافي ابتدا الاذن فلا ينافي دوامه
وهل يعود الاذن اذا عاد من الاباق في الصحيح انه
لا يعود وفي القهستاني لو اذن الآبق لم يصح الاذن
لكن في العمادية اشارة الى انه قد صح اذنه كاذن
العبد المغصوب فانه قد صح الا انه لا يبطل اذنه به
وفصل في الذخيرة بانه ان اقر الغاصب او كانت للمالك
بينة حاضرة عادلة فيه صح الاذن والا فلا او مات
سيده او جن مطبقا او لحق بدار الحرب حال كونه مرتدا
علم العبد بذلك او لم يعلم اما الموت فلانه يزيل الملك
واما الجنون فلانه يزيل الاهلية واما اللحوق فانه موت
حكما او حجر عليه اي يصير محجورا ان حجر المولى عليه
بان قال حجرتك عن التصرف او نهيتك عن البيع والشراء
بشرط ان يعلم الماذون حجره بنفسه للاحتراز عن الضرر
هو قضاء الدين بعد الحرية وعلم به اكثر اهل سوقه اي
سوق العبد لان الاكثر قايم مقام الكل هذا اذا كانت
الاذن شايعا اما اذا لم يعلمه الا العبد فيكفي علمه
بحجره وقال الشافعي حجره صحيح وان لم يعلم به احد
من اهل سوقه وبه قال مالك واحمد وتحجر الامة
الماذونة ان استولدها سيدها عندنا استحسانا

لانه يمنع ان يخرج الى الناس ليتعامل معهم فيكون
الاستيلاد تصرفا والاعتق للحجر عادة الا اذا اذن له
صريحا وهو يتفوق دلالة وكان زفر لا يصير محجورا
عليه اعتبارا للبقاء بالابتداء فيصح ان ياذن لام ولده
والبقا اسهل وبه قالت الائمة الثلاثة لا يحجر الامة
المأذونة ان دبرها المولى وهذا بالاجماع لانعدام
دلالة الحجر ويضمن للمولى القيمة لتعديهم فيهما اي في
الاستيلاد والتدبير لانه اتلف بهما محلا تعلق به
حق الغرما وهو الرقبة المجبور عنده لانه
تعلق امتنع بيعهما وبالبيع يقضى حقهم وعند
الائمة الثلاثة لا يضمن واقراره اي اقرار المأذون
وهو رفع بالابتداء بعد الحجر بدين او بان ما في
يده امانة لغيره او غصب منه صحيح فيقضي مما في
يده لا من رقبته لانها ليست من كسبه بل من
كسب مولاه عند الامام خلافا لهما قالا لا يصح
اقراره وهو القياس لان المصحح هو الاذن وقد
زال وبه قالت الائمة الثلاثة وجه الاستحسان
ان المصحح هي اليد وهي باقية حقيقة وبطلان اليد
حكما بالحجر فراغ ما في يده من الاكتساب عن
حاجته واقراره دليل على تحققها وان استغرق
دينه اي دين المأذون رقبته وما في يده لا يملك
سيده ما في يده من اكتسابه عند الامام ثم
فرع عليه بقوله فلو اعتق عبدا مما في يده لا يصح
عند الامام وعندهما وعند الائمة الثلاثة
يملك السيد ما في يده ويصح عتقه في عبده ويغرم
قيمته

قيمته للغرما لوجود سبب الملك في كسبه وكونه مالكا رقبته
ولهذا يحل وطي المأذونة وله ان ملك المولى انما يثبت
خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته والمحيط به
الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه والعتق وعدمه فرع
ثبوت الملك وعدمه وقال صاحب المنح ولو اشترى
ذا رحم محرم من المولى لم يعتق ولو كان للمولى يملك ما معه
لعتق ولو اتلف المولى ما في يده من الرقيق ضمن لانه اتلف
مالا يملكه ولو كان المولى يملك ما معه لم يضمن وان لم
يستغرق دينه رقبته صح اعتاق عبده اتفاقا اما عندهما
فظاهر واما عنده فلانه لا يعرى عن قليل دين فلو
جعل مانعا لا يبقى الانتفاع بكسبه فيفوت الغرض
من الاذن ويصح بيعه اي بيع هذا المأذون من
سيده بمثل القيمة او اكثر لانه لا تهمة في البيع بمثل
القيمة فيصح لا يصح بيعه باقل من القيمة ولو يسيرا
لان حق الغرما تعلق بالمالية فليس له ان يبطل حقهم اما
لو كان دينه اقل بحيث لا يحيط فجاز بيعه باقل من
قيمته لعدم تعلق حق الغرما وفي القهستاني هذا
عنده واما عندهما فيبيع من سيده مطلقا الا ان
السيد مخير بين ازالة الغبن وبين نقض البيع وبيع
من اجنبي بالغبن اليسير لا الفاحش وقيل الصحيح ان
قوله كقولهما كما في الكافي ويصح بيع سيده منه اي
من هذا المأذون بمثله اي بمثل القيمة وباقل منها
يصح لان المولى اجنبي عن كسب عبده اذا كان
عليه دين فالكلام فيه لانه لا يملك كسبه فيخرج
البيع عن ملكه فيصح كما في الاجنبي وعندهما جواز

البيع بعد الزيادة وقد وجدت فان المولى يستحق اخذ
الثمن والعبد المبيع فثبت لكل واحد منهما ما لم يكن ثابتا قبل
ذلك فافاد كلام التبيين لا يصح بالاكثر لان الزيادة تعلق
بها حق الغرما فلو باع المولى منه باكثر من قيمة المثل يحط
المولى الزايد عن القيمة او ينقض البيع صيانة لحق الغرما
كما في المبسوط بلا ذكر الخلاف لكن في المحيط وغيره
انه عندهما واما عنده فالبيع فاسد وان اسقط
المحاباة وكان الغبن يسيرا كما في القهستاني فان سلم
سيده اليه اي الى العبد المبيع قبل نقد الثمن سقط
عن ذمة هذا الماذون الثمن اي ثمن مبيع باعه
سيده منه لان المولى لما سلم المبيع فقد ابطل حقه
من العين فلم يبق له حق الا في الدين مع ان المولى
لا يستوجب على عبده دينا فيبطل الثمن ايضا فيخرج
مجانا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى
احق به من الغرما وبخلاف ما اذا باع العبد من سيده
شيئا لانه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط
الثمن كما في التبيين وعن ابي يوسف ان للمولى ان
يسترد المبيع ان كان قايما في يد العبد ويحبسه حتى
يستوفي الثمن وله اي للمولى ان لا يسلمه اي المبيع حتى
ياخذ ثمنه لان البايع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل
اليه الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان عليه
حتى يستوفي الثمن ولذا يكون اخص من ساير الغرما
ويضمن السيد للغرما باعتاقه العبد الماذون حال
كونه مديونا الاقل من قيمته اي العبد ومن الدين
اي ان كانت قيمة الماذون اقل من الدين ضمن سيده

لانه تعين بالعقد
فملكه بعينه وعندهما
تعلق حقه بعينه
فكان احق به ح

للغرما

سقوط القيمة لبقي الا فيه وقد وصلوا اليه وصار
هذا كما لو اعتق الراهن المرهون وما زاد من دينه
على قيمته طولب به معتقا اي للغرما ان يطالبوه بعد
عتقه لان الدين مستغرق في ذمته لوجود سببه
فالمولى لم يتلف الا قدر القيمة فيبقى الباقي عليه كما كان
فيرجع به عليه وعند مالك والشافعي يؤخذ من
كسبه والاظهر يستسعى بعد عتقه وقيل الغرما بالخيار
ان شاؤا ضمنوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين
وان باعه وهو اي العبد الماذون مديون مستغرق
برقبته وغيبه مشتريه اي جعله المشتري بعد قبضه
غايبا فللغرما اجازة بيعه واخذ ثمنه اي ان شا الغرما
اجازوا البيع واخذوا ثمن العبد حينئذ لا يضمنون احدا
القيمة لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق
او تضمين اي شاؤا من السيد والمشتري قيمته اي قيمة
العبد لانه متعد ببيعه وتسليمه الى المشتري وانما
وانما قيد بهلاكه وغيبته لان الغرما اذا قدروا على
العبد كان لهم ان يبطلوا البيع الا ان يقضي المولى
دينهم وان ضمنوا السيد اي ان اختاروا تضمين
السيد قيمته اياه ثم رد عليه اي رد للمشتري العبد
على البايع بعيب اي بسبب عيب بعد ما ضمنه
الغرما قيمته رجع المولى عليهم اي على الغرما بالقيمة وعاد
حقهم اي الغرما في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو
وهو البيع والتسليم هذا اذا رده عليه قبل القبض
مطلقا او بعده بقضا لانه فسخ من كل وجه وكذا اذا
رده عليه قبل القبض مطلقا او بعده بخيار رؤية او الشرط

وان ردها بالعيب بعد القبض بغير قضا فلا سبيل للغرما
على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بلا قضا
اقالة وهي بيع في حق غيرهما وان فضل شي من دينهم
رجعوا به على العبد بعد الحرية وان باعه المولى وقد غاب
انه قد اعلم اي المشتري بكونه مديونا فللغرما رد البيع
ان لم يصل ثمنه اليهم لان حقهم يتعلق به وهو حق
الاستسعا او الاستيفا من رقبته وفي كل منهما فايدة
فالاول تام موخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت
هذه الخيرة فلهذا كان لهم ان يردوه فان وصل ثمنه اليهم
ولا محاباة في البيع فلا اي فليس لهم ان يردوه لوصول
حقهم اليهم فينعقد البيع لزوال المانع هذا اذا كان
الدين حالا وكان البيع من غير طلب الغرما والثمن لا يفي
بدينهم فاما اذا كان دينهم موجلا فالبيع جايز لانه
باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق الغير
لان حق الغرما متاخر وكذا اذا كان البيع بطلبهم لان
البيع وقع لاجلهم وكذا اذا كان الثمن يفي بديونهم
فان غاب البايع بعد بيع المولى المأذون وقبض المشتري
فالمشتري ليس خصما لهم اذا انكر اي المشتري الدين عند
الطرفين وعند ابي يوسف هو خصم ويقضى لهم بالدين
لانه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه
ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما
فيكون الفسخ قضا على الغايب وهذا الخلاف في اذا
اشترى دارا او وهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع
فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له واما اذا
كان البايع حاضرا والمشتري غايب فالحكم كذلك اجماعا

ومن قال

ومن قال عبد قدومه مصر انا عبد فلان فاشترى
وباع ساكتا عن اذنه وحجره او غير ساكت يحكم كالماذون
بنا على امور المسلمين محمولة على الصلاح والجواز لا
بالاذن فوجب ان يحمل عليه مع ان العمل بالظاهر هو
الاصل في المعاملات دفعا للحرج عن الناس او لان
تصرفه واقدامه عليه كالحر دليل الاذن الا انه لا يباع
في الدين لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن
كان المدبر الماذون اذا لحقه الدين لا يباع رقبته
اذ الدين لم يظهر في حق المولى لان الغرور والضرر ليس
لشي من جانبه فيطالب الدين من العبد بعد
عتقه ما لم يقر سيده باذنه يعني اذا حضر المولى واقر
باذنه او ثبت العبد اذنه على وجه المولى فيباع
العبد الماذون

فصل في بيان حكم الصبي

والمعتوه تصرف الصبي ان نفع بلا ضرر اصلا كالاسلام
وقبول الهبة والصدقة صح بلا اذن اي بلا توقف
على اذن المولى لكونه اهلا ولو على المعتوه وان ضر
اي ان كان تصرفه ضارا كالطلاق والاعتاق فلا يصح
ولو وصلية باذن لانعدام الشرط منه وهو الاهلية
الكاملة وان احتملها اي النفع والضر كالبيع والشرا
صح بالاذن اي باذن الولي لا بدونه اي بلا اذن
علق باذن وليه دفعا للضرر بانضمام راي الولي في
المتردد بينهما وعند الشافعي لا يصح تصرفه باجازة
الولي ولذا لا يصح اسلامه فاذا الاذن للصبي في
التجارة ابوه او جده عند عدمه اي عدم الاب
او وصي احدهما اي وصي الاب او الجد عند عدم وصي

الاب والمراد منه ليس الترتيب لان وصي الاب مقدم
على الجد وترتيبه ابوه ما دام حيا حاضرا وبعد موته
وصيه المختار ثم وصي وصيه كما في القهستاني ثم جده
هو اب الاب ثم وصيه ثم وصي وصيه او القاضي اي ثم
القاضي او من يقوم مقامه دون الام ووصيها وصاحب
الشرط فحكمه اي حكم هذا الصبي حكم العبد المأذون في
جميع ما ذكرنا من الاحكام من انه لا يتقيد بنوع من
التجارة ويكون ماذونا بسكوت الولي حين يراه
يبيع ويشتري ويصح اقراره بما في يده من كسبه
ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما
يشترط ان يعقل كون البيع سالبا للملك والشرا جالبا
له اي للملك زاد الزيلعي علينا وان يقصد الربح ويعرف
الغبن اليسير من الفاحش فلو اقر الصبي المأذون
بالتجارة من قبل الولي بما في يده من كسبه من عين
او دين لوليه او لغيره لانه من تمام التجارة ولو لم
يصح لا يعامله الناس او ارثه اي بما ورث عن ابيه او غيره
صح اقراره في ظاهر الرواية لان الحجر ارتفع بالاذن
فصار كالبالغ وعند الامام انه لا يصح في الارث لان
الحاجة في صحة الاقرار انما هي لحاجته اليه في التجارة
ولا حاجة في الموروث والمعتوه الذي يعقل البيع
والشرا بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي فيما مر من الاحكام
وفي التبيين تفصيل فليراجع وصح اذن الوصي او
القاضي لعبد اليتيم لان لهما تصرفا في مال اليتيم والاذن
منه والله اعلم

كتاب الغصب

وكان للمناسب ايراده تلو كتاب الحجر لما بينهما من
المناسبة

المناسبة الظاهرة لكن عارضه ان ايراد المأذون بعد
الحجر ادخل في المناسبة لما تقرر من انه فك الحجر فاورده
كما في المنح هو في اللغة اخذ الشي من الغير على وجه القهر
مالا كان او غيره حتى يطلق على اخذ الحر ونحوه مما لا يتقوم
يقال غصبته منه وغصبته عليه وقد يسمى المغصوب
غصبا تسمية للمفعول بالمصدر وفي الشرع هو اي
الغصب ازالة اليد المحقة اي التي لها حق باثبات اليد
المبطلة في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير اذن
مالكه لا بخفية فهذه القيود لا بد منها لان قولنا في
مال بمنزلة الجنس لكونه شاملا مع انه احترز عن خمر
مسلم وبقولنا محترم احترازا عن مال الحربي وقولنا
قابل للنقل احترازا عن العقار فان غصبه غير متصور
خلافا لمحمد فعنده الغصب تفويت يد المالك لا غير
وعند الائمة الثلاثة اثبات يد مبطلة لا غير وفائدة
الخلاف في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة
البستان فانها ليست مضمونة عندنا وعندهم
مضمونة وقولنا بغير اذن مالكه احترازا عن اخذه من
يد المالك باذنه كالوديعة وقولنا لا بخفية احترازا
عن السرقة ثم اشار الى الخلاف بقوله فاستخدام
العبد اي عبد الغير بغير اذنه وحمل الدابة اي دابة
الغير بغير اذنه غصب لوجود ازالة اليد المحقة
واثبات اليد المبطلة فيهما لا الجلوس على البساط لان
الجلوس عليه ليس بتصرف فيه اذ البسط فعل
المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال فلم يكن اخذا
فعند الائمة الثلاثة الجلوس ايضا غصب وحكمه

لا بخفية اثبات يد المبطلة

اي الغصب الاثم لمن علم انه مال الغير لان ذلك الفعل
غصب واقدام عليه اما ان ظن انه ماله فالضمان
ولا اثم اذ الخطا مرفوع ووجوب رد عينه اي عين المغصو
المغصوب في مكان غصبه اي غصب الغاصب اياها
لاختلاف القيم باختلاف الاماكن ان كانت العين
باقية لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى
ترد اي يجب على اليد الغاصبة رد ما اخذت حتى ترد
فاذا ردت سقط وجوب الرد والضمان لو هلكت اي
العين سوا علم او لم يعلم وسوا هلك او اهلكه لانه
حق العبد فلا يتوقف على علمه وقصده ففي المثلي
وهو ما يوجد له مثل في الاسواق بلا تفاوت معتد به
كما في اكثر الكتب لكن يشكل بنحو التراب والصابون
فانه قيمي كالكيلي والوزني والعددي المتقارب
اي ما لا يتفاوت احاده في القيمة يجب مثله لان
هذا الواجب ضمان جبر والجبر انما يتحقق بايجاب المثل
لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم ورد العين هو الموجب الاصلي
لانه اعدل واكمل ورد القيمة او المثل مخلص يصار
اليه عند تعذر رد العين ولهذا يطالب برد العين
قبل الهلاك ولو اتى بالقيمة او المثل لا يعتد به لكونه
قاصرا وكذا يبرا الغاصب برد العين من غير علم المالك
بان سلمه اليه بجهة اخرى كما اذا وهبه له او اطعمه
اياه فاكله والمالك لا يدري انه ملكه وفي الاطعام
خلاف للشافعي كما في شرح الكنز للعيني فان
انقطع المثل عن ايدي الناس يجب قيمته يوم الخصومة
والقضا

والقضا عند الامام لان المثل نوعان كامل وهو المثل صورة
ومعنى فضمان اصلا في ضمان العدوان وقاصر هو
المثل معنى هو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع
احتمال الامثل لكونه خلفا عنه ولا ينقطع الاحتمال
بالانقطاع ولكن بالخصومة والقضا ولذا لو صبر
المالك الى مجي اوانه كان له ان يطالب بالمثل الكامل وبه
قال مالك واكثر الشافعية وهو الصحيح كما في القهستاني
نقلا عن التحفة وعند ابي يوسف يوم الغصب لان
سبب الوجوب هو الغصب فتعتبر قيمته يومه وفي
القهستاني هو اعدل الاقوال كما قال صدر الشريعة
وهو المختار على ما قال صاحب النهاية وعند محمد
يوم الانقطاع لانه صار الان كالذي لا مثل له وبه
قال احمد وبعض الشافعية وبه افتى كثير من المشايخ
كما في القهستاني وفيه كلام لان يوم الانقطاع على
قول محمد لا منضبط له وفي القيمي كالعددي المتفاوت
كالثياب والحيوان والمثلي المخلوط بخلاف جنسه كالبر
المخلوط بالشعير والموزون الذي في تبعيضه ضرر
كالاواني المصوغة بحيث تخرجه الصيغة عن المثلية
بجعله نادرا بالنسبة الى اصله كالقمقم والقدرة
والابريق يجب قيمته يوم الغصب اجماعا لانه لا مثل
له لان الصورة لما تعذر اعتبارها لتفاوتها اعتبر
المعنى وهو القيمة دفعا للضرر بقدر الامكان وقال
مالك يضمن مثله صورة وفي المنح كل مكيل وموزون
مشرف على الهلاك مضمون بقيمته في ذلك الوقت
كسفينة موقورة اخذت في الغرق فالقى الملاح

مافيه من المكيل والموزون في الكل يضمن قيمتها ساعته
وفي الصيرفية صب ماء في طعام فافسده وزاد في كيله
فله ان يضمنه قيمة الحنطة قبل ان يصب الماء فيه وليس
له ان يضمنه طعاما مثله هذا اذا لم ينقله الى مكان فان
نقله يضمن المثل لانه حينئذ غصب وهو مثلي يجب عليه
المثل بخلاف ما اذا صب الماء في الموضع الذي فيه الحنطة
بغير نقل فان ادعى الغاصب الهلاك اي هلاك
المغصوب حبس ذكر الغاصب اذا لم يرض المالك بالقيمة
فانه مقر بالغصب اذ لو انكر وقام عليه بينة ...
والصحيح انه تقبل البينة في حق الحبس كما في القهستاني
حتى يعلم ويظن بمضي مدة موكلة الى راي القاضي انه
اي المغصوب لو كان باقيا لاظهره ثم يقضي اي يقضي
الحاكم عليه اي على الغاصب بالبدل اي بدل المغصوب
اي بالمثل في المثلي وبالقيمة في القيمي وفي التنوير
ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد
وادعى المالك الهلاك عند الغاصب واقاما
البرهان فبرهان الغاصب اولى عند محمد وعندهما بينة
بينة المالك اولى وفي المنح الغاصب او المودع المتعدي
اذا قال لا اعرف قيمة المغصوب بعد هلاكه والمالك
يقول قيمته كذا درهما وهو لا يصدقه ولا يعترف
بشيء من القيمة ويقول لا اعرف قيمته فانه يحلف
على دعوى المدعي فان لم يحلف يكون حكمه
حكم النكول يحكم عليه بعد العرض ثلاثا ولو قال
المغصوب منه كانت قيمة ثوبه مائة فالقول
قول الغاصب مع يمينه ويجبر على البيان لانه اقر
بقيمة

بقيمة مجهولة فاذا لم يبين يحلف على ما يدعي المغصوب
منه من الزيادة فان حلف يحلف المغصوب منه
ايضا ان قيمة ثوبه مائة ويأخذ من الغاصب فاذا
اخذ ثم ظهر الثوب كان الغاصب بالخيار ان شاء رضي
بالثوب وسلم القيمة للمغصوب منه وان شاء رد
الثوب واخذ القيمة والغصب انما هو فيما ينقل لانه
ازالة يد المالك باثبات يده وذلك يتصور في
المنقول ثم فرع عليه بقوله فلو غصب عقارا هو ما له
اصل وقرار كالضيعة والدار فهلك في يده بان غلب
السيل على الارض فهدم البناء بافة سماوية لا يضمن
عند الشيخين لانتفاء الشرط هو النقل بل يرد لما
مر ان الغصب ازالة اليد بفعل في العين وهو لا
يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول عنه باخراجه
وهو فعل فيه لا في العقار لان لم يكن المالك ولا عنه
باخراجه وهو ضد بعضه فصار كما لو ابعد المالك عن
المواشي حتى تلفت لا يضمن لانه منع المالك بالتبعيد
فعل فيه لا في المواشي خلافا لمحمد لان عنده يجري
الغصب في العقار لانه ازالة اليد فيه يكون بما
يمكن لا بالنقل وبقوله قال ابو يوسف اولا وزفر
وهو قول الائمة الثلاثة وبه يفتي في الوقف
كما في شرح الكنز للعيني وغيره وفي المنح الفتوى
في غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان
وقال الاسروشني وعماد الدين في فصوليهما
والاصح انه اي العقار لو كانت وديعة عنده فجحده كان
ضامنا بالاتفاق وبالرجوع عن الشهادة بان شهد

يضمن بالبيع والتسليم وبالجحود في الوديعة اي اذا كان العقار وديعة

على رجل بالدار يرجعا بعد الفضا ضمنا وما نقص منه
اي من العقار وسكنه بفعله كسكناه اي سكنى
الغاصب في الدار المغصوب وزرعه فيه اي في الارض
المغصوب ضمنه اي النقصان بالاجماع كما في
النقلي لان ذكرنا انه اتلاف وهلاك وانما يضمن به
ولا يشترط لضمان الاتلاف في يده قيل في تفسير
النقصان انه ينظر بكم تستاجر هذه الارض قبل
الاستعمال وبعده وقيل ينظر بكم تباع قبل الا
الاستعمال وبكم تباع بعده فيضمن تفاوت ما بينهما
من النقصان وقال العيني وغيره وهو الاقيس
فياخذ الغاصب راس ماله وهو البذر وما غرم
من النقصان وما انفق على الزرع ويتصدق
بالفضل عند الطرفين حتى اذا غصب ارضا فزرعها
كرين فاخرجت ثمانية اكرار ولحقه من المؤنة قدر
كر ونقصها قدر كر فانه ياخذ منه اربعة اكرار ويتصدق
بالباقي وعند ابي يوسف لا يتصدق به اي بالباقي
لان الزيادة حصلت في ضمانه وملكه لان ما مضى من
الذات ملكه بالضمان وبقي الانتفاع وملكا له ملكا خبيثا
وحراما لخبث السبب وهو التصرف في ملك الغير
فيكون سبيله التصدق وكذا لو استغل العبد
المغصوب اي لو اجر العبد المغصوب واستغلته فنقصه
الاستغلال اي الاجر المستعير اي الاستعمار ونقص ضمن
النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه فيجب عليه
ضمان قيمته كما تعذر رده كل اجزائه او بعضها وما فضل من
الغلة اي الاجرة تصدق به عند الطرفين خلافا له اي لابي

يوسف

يوسف لما ذكرنا انفا وان تصرف في الغصب او الوديعة فربح فيهما
يتعينان بالتعيين كالعروض ونحوه فانه يتصدق بالربح
ولا يطيب له عند الطرفين خلافا له اي لابي يوسف ايضا
اي كخلافه في المسئلة التي قبلها وان كانا اي المغصوب
او الوديعة لا يتعينان كالنقدين فقد قال الكرخي على
اربعة اوجه ذكرها المص بقوله فان اشار المتصرف اليهما
اي الى دراهم الغصب او الوديعة ونقدهما فكذلك لا يطيب
له الربح ويتصدق به عندهما خلافا له وان اشار الى
غيرهما ونقدهما اي دراهم الغصب او الوديعة او اشار
اليهما ونقد غيرهما او اطلق اطلاقا ولم يشر اليهما ولا الى
غيرهما بان قال اشتريت بدرهم ونقدهما اي دراهم الغصب
او الوديعة طاب له الربح اتفاقا قيل وبه اي بعدم الطيب في
الاول وبالطيب في الصور الثلاث الباقية يفتى قال صاحب
الوقاية موافقا للمحيط حيث قال الفتوى على قول الكرخي
لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس في هذا الزمان وهذا
قول الصدر الشهيد وفي الدرر وبه كان يفتي الامام ابو
الليث والمختار عند مشايخنا انه لا يطيب مطلقا يعني
في الصور كلها لاطلاق المبسوط والجامع ولو اشترى
بالف الغصب او الوديعة جارية تعدل الفين فوهبها او وطئها
فانه لا يتصدق بشيء بهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين
عند الاتحاد كما في الهداية فصل وان تغير ما غصبه
بالتصرف فيه حتى زال اسمها اذا التغير بفعله بان صار العنب
مثلا زبيبا بنفسه او الرطب تمرا فالمالك مخير ان شاء اخذه
وان شاء تركه وضمنه ثم اراد بذلك التغير اسمه اي اسم المغصوب
احترازا عما اذا غصب شاة فذبحها فقط فان ملك مالكها

لم يجز لانه لم يزل اسمها به حيث يقال شاة مذبوحة
لكن اورد على ذلك بقولهم شاة مشوية مع انها تخالف
المذبوحة في الحكم واعظم منافعه اي اكثر مقاصده احتراز
عن دراهم فسبكها بلا ضرب فانه وان زال اسمه يبقى
اعظم منافعه ولذا لا ينقطع حق المالك عنه كما في المحيط
وغيره فلم يكن زوال الاسم مغنيا عن اعظم المنافع كما في
القهستاني في نفي هذا الاطلاق لصاحب الدرر من انه
لم يبق اعظم منافعه لان من قال فقد تناوله الحنطة
اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة
كجعلها هريسة ونحوها يزول بالطحن ولا حاجة اليه لان
بعد قوله زال اسمه مغن عنه لانه يلزمه ليس بسديد
بل هو عدم اطلاع لما قررنا نقلا عن المحيط وغيره
قد برضمنه اي الغاصب المغصوب وملكه بتقرر الضمان
على الغاصب كما هو المتبادر واليه ذهب بعض المتقدمين
وقال بعض المتاخرين ان سبب الملك الغصب عند ادا
الضمان فلو ابى المالك عن اخذ القيمة واراد اخذ العين
لم يكن له ذلك كما في النهاية لكن حكي عن الامام مفتي
الثقلين ان الصحيح عند المحققين من مشايخنا على
قضية مذهب اصحابنا انه لا يملك الا عند تراضي
الخصمين بالضمان او قضاء القاضي به او ادا البدل كما
في القهستاني نقلا عن الذخيرة وعند الشافعي في
القول الاظهر لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن
ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ العين لا يضمن
النقصان عنده في الاموال الربوية وعند الشافعي
يضمنه ولا يحل انتفاعه اي انتفاع الغاصب به اي
المغصوب

المغصوب للغير قبل ادا الضمان استحسانا والقياس
الحل وهو رواية عن الامام وقول الحسن وقول زفر
لان ملكه يثبت بكسبه والملك يبيح التصرف ولهذا
لو وهبه او باعه صح وجه الاستحسان ان في اباحة
الانتفاع به فتح باب الغصب فيحرم الانتفاع
لكن يجوز للغاصب بيعه وهبته لانه مملوك له بجهة
محظورة كالمقبوض في البيع الفاسد كشاة ذبحها وطبخها
او شواها او قطعها وبر طحنه او زرعه ودقيق خبزه
وعنب او زيتون عصره وقنية للعنب والزيتون وقطن
غزله او غزل نسجه وحديد جعله سيفا وصفر جعله
انية وساجة بالجيم وهو مفرد ساج وهو شجر عظيم
صلب قوي ينبت ببلاد الهند وهي من اعز الاشياء
ويستعمل في بناء الدور والسفن واساسها واما اذا بني
عليه فلا ينقطع حق المالك فانه متعدد في البناء عليها
والساجة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم لذلك كما
اذا بني في الارض المغصوبة ولبنة بني عليها وهذه
الاشياء مثالات الاعيان المغصوبة للتغير بفعل
الغاصب تغيرها ظاهر فيما عدا الساجة واما تغيرها فلانها
كانت نقلية والان صارت من العقار ولهذا استحقت
بالشفعة فتكون هالكا من وجه ومتغيرا من وجه والتغير
يوجب انقطاع حق المالك وهو يملكها بهذه التصرفات
عندنا خلافا للشافعي وهو يضمنه النقصان وفي الذخيرة
انما يزول الملك عن الساجة اذا كانت قيمتها اقل من قيمة
البناء واما اذا كانت اكثر منها فلا يزول عن ملكه كما في شرح
المجمع وان جعل الفضة او الذهب دراهم او دنانير او جعل

الفضة او الذهب انية لا يملكه اي المجعول وهو للمالك بلا شي
في مقابلة الجعل عند الامام لان للجودة والصنعة في الاموال
الربوية عند مقابلتها بجنسها لا قيمة لها ولهذا لو غصب
حليا فكسره ثم رده الى مالكه لا يضمن وعندهما يملكه الغاصب
وعليه اي على الغاصب مثله اي مثل الذهب والفضة
لتبدل الاسم بالصنعة فان ذبح الغاصب الشاة بغير اذن
فالمالك مخير ان شاء طرحها اي الشاة وضمنه قيمتها
عليه اي على الغاصب وضمنه قيمتها اي الشاة المذبوحة
او اخذها اي الشاة وضمنه نقصانها اي الشاة بذبحها
لوجود نقصان بعض منافعها كالدر والنسل دون
بعض اذ لحمها منتفع به وروى الحسن عن الامام انه ليس
له ان يضمنه النقصان اذا اخذ اللحم لان الذبح والسلخ
زيادة فيها والاول هو الظاهر وكذا لو قطع اي الشاة (اي يدها)
لان قطع اليد والرجل كالذبح في الحكم فله الخيار
المذكور في الذبح او قطع طرف دابة غير ماكولة
وظاهر كلام المص انه يخير فيه ايضا بين تضمين جميع
قيمتها وتركها له وبين تضمين نقصانها لكن خالف اكثر
الكتب المعتبرات يخالف ظاهره لانهم قالوا لو كانت الدابة
غير ماكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه
استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث
يضمنه نصف قيمته مع اخذه انتهى وفي الفرائد تفصيل
وحاصله ان العلماء اختلفوا ففرق بعضهم بين ماكولة
اللحم وغير ماكول اللحم كما في الهداية ومختار الفتاوى وشروح
الكنز والدرر وغيرها وبعضهم سوى بينهما ولهذا قال
او قطع طرف دابة غير ماكولة اللحم معطوفا على ما قبله
انتهى

(والمصنف اختار التسوية بينهما)

انتهى لكن التسوية على قول محمد كما في الخانية ولو ذبح حمار
غيره للغير له ان يضمنه النقصان في قول الامام ولكن يضمنه
جميع القيمة وعلى قول محمد ان ذبح حمار غيره للمالك ان يمسك
الحمار ويضمنه النقصان وان شاء ضمنه كل القيمة فلا يمسك
المذبوح وان قتله فليس له ان يضمنه للنقصان وقال
محمد ان كان له قيمة بعد قطع اليد والرجل فان شاء ضمنه
جميع القيمة وان شاء امسك الدابة ويضمن النقصان
والاعتماد على قول الامام انتهى فعلى هذا ان ما قال
صاحب الفرائد ليس بشي بل الصواب ان يقال ان مراد
المص من قطع طرف دابة غير ماكولة الدابة التي يمكن
الانتفاع بما بقي قيمة لما في النهاية نقلا عن النوادر اذا
قطع اذن الدابة او ذنبها يضمن النقصان فلهذا قال
من قطع طرف دابة غير ماكولة ولم يقل بيد دابة او رجلها
فكذا يضمن النقصان لو قال صاحب الدابة اني اضمنه
النقصان ولا اسلم الجلد اليه ان كان لجلدها ثمن تتبع
او خرق الثوب اي يخير ايضا لو خرق ثوب الغير خرقا فاحشا
يفوت الجملة صفة خرقا بعض العين وبعض نفعه لا كله لانه
لو فوت كل النفع ضمنه كل القيمة هذا تفسير الخرق الفاحش
على الصحيح وفي التبيين والصحيح ان الفاحش ما يفوت به
بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض
المنفعة واليسير ما لا يفوت به شي من المنفعة وانما يدخل
فيه نقصان في المنفعة وفي النهاية ان الفاحش هو المستاصل
للثوب وهو ان يجعل الثوب لا يصلح الا للخرق ولا يرغب في
شرائه وعزاه الى الحلواني قلت وفي المجتبى والصحيح ما قاله
محمد وهو ان يفوت بعض العين وجنس من منافعه

ويبقى بعض العين وبعض المنفعة وقيل يرجع في ذلك
الى الخياطين وقيل ان كان طولا ففاحش وان كان عرضا
فيسير والاول هو الصحيح وفي خرق يسير نقصه اي نقص الخرق
الثوب والجملة صفة يسير ولم يفوت شيئا من النفع يضمن
الخارق نقصانه يعني مع اخذ عينه وليس له غير ذلك لان
العين قائمة من كل وجه وانما دخلها عيب فينقص لذلك
فكان له ان يضمنه النقصان ولو بنى بحجر في ارض غيره
او غرس فيها شجرا امر الباني والغارس بالقلع في ظاهر
الرواية والرد اي رد الارض الى المالك لقوله عليه
السلام ليس لعرق ظالم حق اي لذي عرق ظالم وصف العرق
بصفة صاحبه وهو الظلم مجازا كما قال صام نهاره وقام
ليله هذا اذا كانت الارض لا تنقص بالقلع وان كانت تنقص
بالقلع فللمالك ان يضمن له اي للغاصب قيمتهما اي قيمة البناء
والغرس مأمورا بقلعهما لان فيه دفع ضرر عنها وانما يضمن
لانه مستحق القلع ثم بين طريق معرفة قيمتها بقوله فتقوم
الارض بلا شجر او بناء بمائة مثلا وتقوم مع احدهما بمائة
وعشرة حال كونه مستحق القلع فحينئذ ينقص منها
اجرة القلع هي درهم فيبقى مائة وتسعة دراهم فيضمن
المالك الفضل هو التسعة قال المشايخ هذا اذا كانت
قيمة البناء والغرس اكثر من قيمة الارض فلا يقال للغاصب
اقلع البناء والغرس ورد الارض بل يضمن قيمة الارض
فيملكها بالضمان وبه يفتي بعض المتأخرين لكن ظاهر
الرواية ما ذكر في المتن وبه يفتي البعض في زماننا سدا
لباب الظلم هذا اذا كانت الارض ملكا اما اذا كانت
وقفا فيؤمر بالقلع والرد مطلقا وفي السنين وعلى هذا

اقل من قيمة الارض واما اذا كانت قيمة البناء او الغرس ح ح

لو ابتلعت

لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر ايهما اكثر قيمة فلصاحبه ان يأخذ
ويضمن قيمة الاخر وعلى هذا التفصيل لو ادخل فصيل غيره
في داره وكبر فيها ولا يمكن اخراجه الا بهدم الجدار وعلى هذا
التفصيل لو ادخل البقر راسه في قدر من النحاس فتعذر
اخراجه وان صبغ الغاصب الثوب الذي غصبه احمر او اصفر
او لت السويق الذي غصبه بسمن فالمالك بالخيار ان شاء
ضمنه اي الغاصب قيمة ثوب بحال كونه ابيض اي اخذ قيمة
ثوب ابيض لانه متلف من وجه وضمنه مثل سويقه لكونه
مثليا وترك ما غصبه الغاصب له او اخذهما اي ان شاء اخذ
الثوب والسويق وضمن ما زاد الصبغ والسمن في الثوب
والسويق لان الصبغ مال متقوم كالثوب وبغصبه وصبغه
لا يسقط حرمة ماله ويجب صيانتهما ما امكن وذا في
ايجاب ضمنيهما اخذهما اليه وايفاء حق الاخر في عين
ماله وكهو في قلنا من التخيير الا انا اثبتنا الخيار لرب
الثوب لانه صاحب اصل والغاصب صاحب وصف كما في
الدرر وعند الشافعي يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل
بقدر الامكان ويسلمه وان انتقص قيمة الثوب بذلك
فعليه ضمان النقصان وان صبغه اي الثوب اسود ضمنه
اي المالك قيمته ابيض او اخذه بلا شيء لانه اي الصبغ بالسواد
نقص عند الامام وعندهما الاسود كغيره وهو اي الاختلاف
بين الامام وبينهما اختلاف زمان فان بني امية في زمانه
كانوا يمتنعون عن لبس السواد وفي زمانهما بنو العباس
كانوا يلبسون السواد فاجاب كل على ما شاهده وفي
التنوير رد غاصب المغصوب على الغاصب الاول يبرأ
عن ضمانه كما لو هلك المغصوب في يد غاصب الغاصب

نادي القيمة اي الغاصب اذا كان قبضها القيمة معروفا غصب
شيا ثم غصبه اخر منه فاراد المالك ان ياخذ بعض الضمان من
الاول وبعضه من الثاني له ذلك لا اجازة لا يلحق الاتلاف
فلو اتلف مال غيره تعديا فقال المالك اجزت او رضيت لم يبرا
من الضمان كسر الغاصب الخشب فاحشا لا يملكه ولو كسره الوهن
لم ينقطع الرجوع **فصل** في بيان مسائل
تتصل بمسائل الغصب وان غيب ما غصبه اي ان جعل الغاصب
المغصوب غائبا وضمن قيمته لمالكه ملكه اي الغاصب عينه
المغصوب ان كان قابلا للنقل من ملك الى ملك هنا عندنا
لان المالك ملك البدل بكماله فيملك الغاصب المبدل والا
يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد فلا توجد العدالة
بل يقع الضرر فيملك الغاصب المبدل كما ملك المالك البدل
تحقيقا للعدالة بينهما ودفعا للضرر حتى لو كان المغصوب
قريب الغاصب يعتق عليه باداء الضمان عندنا وقال الشافعي
لا يملكه الغاصب لان الغصب محظور فلا يصلح سببا للملك
مستندا الى وقت الغصب وكل شي ثبت مستندا فهو ثابت
من وجه دون وجه فيكون ناقصا فلا يظهر اثره في حق
الاولاد ويظهر في حق الاكساب وعن هذا قال وتسلم له
الاكساب للتبعية دون الاولاد لان تبعيتهم فوق تبعية
الاكساب الا يرى ان ولد المدبر والمكاتب مدبر ومكاتب
ولا يكون اكسابهما مدبرا ومكاتبا والقول في القيمة عند
اختلافهما فيها للغاصب مع يمينه لانه منكر ان لم
يبرهن مالكه على الزيادة التي ادعاها فان اقيمت
حجتها وجبت تلك الزيادة ولم يعتبر قول الغاصب حينئذ
لان المالك اثبته بالحجة الملزمة وفيه اشعار بانه لو لم
يقم

يقم واقام الغاصب حجة القلة لم تقبل وهو الصحيح بل يحلف على
دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل
وقال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين عن
نفسه كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله
ولو اقام بينة على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي
يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق
بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح كما في
النهاية وغيرها وفي المنح الغاصب او المودع المتعدي
اذا قال لا اعرف قيمة المغصوب بعد هلاكه يقول قيمته
كذا درهما وهو لا يصدقه ولا يقر بشيء من القيمة ويقول
لا اعرف قيمته فانه يحلف على دعوى المدعي فان لم يحلف
يكون حكمه حكم النكول وهل يشترط ذكر اوصاف المغصوب
المغصوب في دعوى الغصب ام لا الاصح عدم الاشتراط
قال محمد في الاصل اذا ادعى رجل على رجل انه غصب منه
جارية له واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجي
بها ويردها عليه اجمع وتمامه في العناية فليراجع فان
ظهر المغصوب الغايب وقيمته اكثر مما ضمن لكون قيمته اكثر
مما ضمن الغاصب بحلفه لانه قد ضمنه اي الغاصب بقول
المالك او ببرهانه او بالنكول اي بنكول الغاصب عن الحلف
فهو اي المغصوب للغاصب ولا خيار للمالك لانه رضي
به لادعائه هذا القدر وينفذ بيع غاصب ضمن القيمة
بعد بيعه وان ضمنه اي الغاصب بقوله اي بقول الغاصب مع يمينه
فالمالك بالخيار ان شاء امضى الضمان اي اجاز الضمان بان
رضي بالبدل وترك المغصوب في يد الغاصب وان شا
اخذه اي المغصوب الظاهر من الغاصب ورد عوضه

الذي اخذه من الغاصب لانه لم يرض بزوال عينه بهذا القدر
لادعائه الزيادة فيصير اخذه لضرورة عدم اقامة البينة
قال العيني وغيره ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه
او اقل في هذه الصورة وهي ما اذا ضمنه بقول الغاصب
مع يمينه قال الكرخي راضيا وله لانه توفر عليه مالية ملكه
بكماله وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح ولو برهن
كل من المالك والغاصب على الهلاك عند الآخر اي لو اقام
الغاصب البينة على انه رد المغصوب الى المالك فهلك
عنده واقام المالك بينة على انه هلك عند الغاصب
فبينة الغاصب اولى عند محمد لان الضمان ثابت بنفس
الغصب فلا حاجة الى اثباته لكن الغاصب يدعي زواله
والمالك ينكره فبينة الغاصب تكون اولى وفي المجمع وهذا
ظاهر المذهب خلافا لابي يوسف فان عنده بينة المالك
اولى لانها مثبتة للضمان ولم ينقل عن الامام شيء وفي
الجواهر ولو شهدوا ان الغاصب غصب هذا العبد ومات
عنده وشهد شهود الغاصب انه مات في يد المالك لم تسمع
بينة الغاصب وروي عن محمد في الاملاء ان البينة بينة
الغاصب ولو اقام المالك البينة ان الغاصب غصبه يوم
النحر بالكوفة واقام الغاصب البينة انه كان يوم النحر
بمكة هو او العبد فالضمان واجب على الغاصب ولو شهد
احدهما انه غصب هذا العبد منه وشهد آخر على اقراره
بالغصب لم تقبل ومن غصب عبدا فباعه اي الغاصب
المغصوب فضمنه المالك قيمته نفذ بيعه اي بيع الغاصب
وان اعتقه فضمنه قيمته لا ينفذ عتقه والفرق ان ملك
الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا كما مر وهو يكفي لنفاذ

البيع

البيع دون العتق الا ترى ان البيع ينفذ من المكاتب بل من
المأذون دون عتقه وزوائد المغصوب غير مضمونة ما لم يتعد
الغاصب فيها اي في الزوائد ويمنعها بعد طلب المالك اياها
اي الزوائد سواء كانت متصلة كالحسن والسمن او منفصلة
كالولد والثمر لانها امانة وحكمها هذا وقال الشافعي عليه
الضمان مطلقا لوجود الغصب لما مر وهو اثبات اليد المبطلة
لحصولها عنده ولنا ان سبب الضمان اخراج العين من ان
تكون منتفعا بها في حق المالك ولم يوجد الا اذا وجد
ما يفوت حقه كالتعدي والمنع بعد الطلب حينئذ يتحقق
حد الغصب لانه صار مفوتا على المالك يد التصرف والانتفاع
ويستثنى منه ما لو غصب الوقف فانها تضمن وعليه
الفتوى كما في القهستاني نقلا عن العمادية وان نقصت
الجارية بالولادة في يد الغاصب اي اذا ولدت الجارية
المغصوبة التي حبلت عند الغاصب ولدا ونقصت بالولادة
ضمن الغاصب نقصانها اي الجارية لكن يجبر النقصان
بقيمة الولد وقال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد
لانه ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه كما لو جز صوف شاة الغير
وينبت آخر فلا يعتبر لاتحاد سبب الزيادة والنقصان
قلنا ما عليه انفا وقلنا ان سبب النقصان والزيادة
واحد وهو الولادة لانها اوجبت فوات جزء من مالية
الام وحدوث مالية الولد فاذا صار ما لا انعدم ظهور
النقصان به فانتفى الضمان او يجبر بالغرة لانها كالولد
لانها قائمة مقامه لو صح بها بدلا عنه ان وفت قيمة
لقيمة الولد والغرة معا انجبر النقصان بقيمة الولد
ان كان في قيمته وفاء ويسقط ضمانه من الغاصب

قوله او بالغرة يعني اذا ضرب
الغاصب او غيره بطنها او شربت
دواء لتطرح الولد فالقت جنينا ميتا
لزمه الغرة وهي اذا كان ذكرا نصف
عشر قيمته لو كان حيا واذا كان
انثى عشر قيمته لو كان حيا جامع الفصول

وان لم يكن وفاء به يسقط بحسابه وكذا يجبر النقصان
بالغرة ان فيها وفاء به ويسقط ضمانه عن الغاصب
وان لم يكن وفاء يسقط بحسابه ايضا ولو زنى الغاصب
بامة غصبها فحبلت فردها اي الامة ظ ملا فولدت فماتت
عند المالك بها اي بسبب الولادة في نفاسها ضمن الغاصب
قيمتها يوم علوقها عند الامام لان ما انعقد فيها من
العلوق هو سبب التلف فلا يوجد الرد بعد ذلك كما لو جنت
او جنى الذي غصبها فاذا جنت في يد الغاصب وقتلت
في يد المالك بخلاف الحرة الذي غصبها يعني لو اخذها
مكرهة فزنى بها فردها حاملا فولدت فماتت لا يضمن
الغاصب بعد فساد الرد وعندهما لا يضمن في الامة
ايضا اي كالحرة بل يضمن نقصان الحبل وهو قول الايمة
الثلاثة لان سبب التلف هو الولادة في يد المالك بعد
صحة الرد من الغاصب لان العيب لا يمنع صحة الرد
ولكنها معيبة بالحبل فيجب عليه نقصان العيب ولو رد
محمومة فماتت لا يضمن الغاصب الا نقصان الحمى
اتفاقا كما في البزازية وغيرها لان الموت يحصل
بزوال القوى وانه يزول بترادف الالام فلم يكن
الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه
قدر ما كان عنده دون الزيادة وفي الجواهر اذا غصب
صبيا حرا من اهله فمرض ومات في يده فلا ضمان
عليه وكذا اذا اصابه شيء من السماء ولو عقره سبع
او نهشته حية فالغاصب ضامن وفي نسخة فعلى
عاقلة الغاصب الدية وكذا لو حبلت الامة المغصوبة
عنده اي عند الغاصب فردها اي الامة فولدت في يد

المالك

وبتبها لان الحرة لا تكون مضمونة بالغصب ليبقى ضمان الغصب ح ج

اي لو غصب امة محمومة ثم ردها محمومة

المالك فماتت منه اي من الحبل لا يضمن الغاصب الا نقصان
الزنا لانه الحاصل عنده لا سبب الموت وهو الحبل ولا يضمن
الغاصب منافع ما غصبه سواء سكنه اي ما غصبه او عطله
اي جعله معطلا هذا عندنا وعند الشافعي واحمد يضمن فيجب
اجر المثل لانها اموال متقومة مضمونة بالعقود كالاعيان
وعند مالك يضمن بالاجر في المسكون لا في التعطيل قلنا
ان عمر وعليا رضي الله عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور
وحريته لورد الجارية مع عقرها على المالك ولم يحكما بوجوب
اجر منافع الجارية والاولاد مع علمهما ان المستحق يطلب
جميع حقه وان المغرور كان يستخدمها مع الاولاد ولو
كان ذلك واجبا لما سكتا عن بيانه لوجوبه عليهما ولعدم
المماثلة بين المنافع والدراهم لانعدام البقاء في المنافع
فلا تكون متقومة لذاتها بل لضرورة عند ورود العقد ولا
عقد هنا والا اذا انتقص بالاستعمال فيضمن الاستهلاك
بعض اجزاء العين الا في الوقف وكذا في مال اليتيم والمعد
للاستغلال لذكر صدر القضاة وتفسير المعد
للاستغلال ان بناها لذلك او اشتراها او تؤاجر ثلاث
سنين متوالية ولا يشترط علم المستعمل بكونها معدة
حتى يجب الاجر واستثنى صاحب المنح فقال الا اذا
سكنها بتاويل ملك او عقد يعني منافع المعد للاستغلال
مضمونة في كل الاحوال الا فيما ذكر من السكنى بتاويل
ملك او عقد كبيت سكنه احد الشريكين اما في الوقف
اذا سكنه احدهما بالغلبة بدون اذن الاخر سواء كان
موقوفا للسكنى او للاستغلال فانه لا يجب الاجر
واما السكنى بتاويل العقد فما تقدم عن القنية من

سكنى المرتهن بتأويل عقد الرهن انتهى ولا يضمن ايضا خمر
المسلم او خنزيره بالاتلاف سواء كان المتلف مسلما او
ذميا لعدم تقومهما في حق المسلم والعبرة لجانب
المتلف عليه دون المتلف وضمن المتلف القيمة فيهما
لو كانا اي الخمر والخنزير لذمي لانهما مال في حقه وقد امرنا
ان نتركهم وما يدينون وعند الشافعي لا يضمن
لعدم التقوم ايضا في حق الذمي لكونه تابعا في الاحكام
لنا وان اتلف ذمي خمر ذمي ضمن مثلها لقدرته عليه
ولو اسلم الطالب بعدما قضي له بمثلها فلا شيء على
المطلوب لان الخمر في حقه ليست بمتقومة فكان
باسلامه مبرئا له عما كان في ذمته من الخمر وكذا لو
اسلما او لو اسلم المطلوب وحده او اسلم المطلوب ثم
الطالب بعده قال ابو يوسف لا يجب عليه شيء وهو
رواية عن الامام وقال محمد يجب عليه قيمة الخمر وهو
رواية عن الامام وفي التنوير بخلاف ما اشتراها اي
الخمر من الذمي وشربها فلا ضمان عليه ولا ضمان باتلاف
الميتة ولو وصلية لذمي لانه ايضا لا يعتقد تمولها ولا
ضمان باتلاف متروك التسمية عمدا ولو في صلبه ان اي
بيعه من المسلمين لان استحلال متروك التسمية
مخالف لنص الكتاب والخصم هو من يؤمن به فيثبت ولاية
المحاجة فلا يجب متلفه الضمان ولا على من اشترى
الثمن فلا ينعقد صحيحا وان غصب خمر مسلم فخللها
اي صيرها خلا بما لا قيمة له كالنقل من الشمس الى الظل
او من الظل الى الشمس اخذها المالك بلا شيء لان
التخليل عادة تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجس

فلا يجب

فلا يجب المالية فيبقى على ملك المغصوب منه فلو اتلفها
اي الخمر التي صيرها خلا الغاصب قبل ان يردها الى المالك
ضمنها لان المغصوب واجب الرد عليه فاذا فوته عليه
وجب عليه قيمته خلا خلافا عنه لا يضمن لو تلفت بلا صنعه
لانه لم يوجد منه التعدي وان خلل الغاصب الخمر بالقا
ملح ذي قيمة ونحوه ملكها اي الخمر التي صيرها خلا ولا شيء
للمالك عليه اي على الغاصب عند الامام لان الخمر
لم يكن متقومة والملح متقوم فترجح جانب
الغاصب فيكون له بغير شيء وعندهما ياخذها المالك
ان شاء ويرد قدر وزن الملح من الخل هكذا ذكروه كانهم
اعتبروا الملح مائعا لانه يذوب فيكون اختلاط
المائع بالمائع فيشتركان عندهما فلو اتلفها الغاصب
لا يضمن عند الامام خلافا لهما لما سيأتي في دبغ
الجلد وان خللها بالقاء خل ملكها ولا شيء للمالك عند
الامام ولو بمرور الزمان لانه استهلك الخمر الغير
المتقومة في حق المسلم كما لو اراقها والخلط استهلاك
عنده وكذا ملكها الغاصب ولا شيء للمالك عند محمد ان
تخللت من ساعتها لانه استهلاك والا اي وان لم تتخلل
من ساعتها لا يكون استهلاكا والا اي فان لم تتخلل من
ساعتها بعد زمان فالخل بينهما على قدر ملكهما وفي
التبيين وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكما قال
الامام وان صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما
على قدر حقهما كيلا لانه لم يستهلك الخمر فيصير في
التقدير كانه خلط الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك
عند محمد وان كان مائعا لاتحاد الجنس لا يهلك بجنسه

وفي ظاهر الجواب فيها انه يقسم بينهما على قدر حقيهما
سوا صارت خلا من ساعتها او بعد حين اما عندهما
فلا يشكل لان الخلط ليس باستهلاك وكذا عند الامام
لان الخلط انما يوجب زوال الملك اذا كان يوجب
الضمان وهنا قد تعذر وجوب الضمان لان الخمر لمسلم
لا يضمن بالاتلاف فصار كما اذا اختلط بنفسه من غير
صنعه ولو استهلكه الغاصب في هذه الرواية ينبغي
ان يجب عليه الضمان اجماعا كما في النهاية انتهى وان
غصب جلد ميتة فدبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس
اخذه المالك بلا شي اذ ليس فيه مال متقوم للغاصب
وكانت الدباغة اظهارا لماليته والتقوم فصار
كغسل الثوب فلو اتلفه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا
اتفاقا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة
تابع للجلد فلا تنزع عنه واذا صار الاصل مضمونا
عليه فكذا صنعته وان دبغه اي الغاصب الجلد المغصوب
بما له قيمة كالعفص والقرظ يأخذه المالك ويرد ما زاد
الدبغ لان هذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم فيأخذ
الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وطريق معرفته ما ذكر
بقوله بان يقوم مدبوغا وذكيا غير مدبوغ ويرد
المالك الى الغاصب فضل بينهما كما في الثوب المصبوغ
وللغاصب ان يحبسه اي الجلد حتى يستوفي حقه
لان فعل الغاصب متقوم لاستعماله مالا متقوما
فيه كحبس المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق
بالجعل وان اتلفه اي الغاصب الجلد المدبوغ بماله
قيمة لا يضمن عند الامام لان تقوم الجلد المذكور
قد حصل

[illegible]

قد حصل
بمال الغاصب وصنعه فقد قام حقه فيه ولذا كان له
ان يحبسه حتى يستوفي ما زاده الدباغ لما ان
صنعته متقومة لالتزاقه فيه مالا متقوما فصار
الجلد تابعا لها في حق التقوم لانه لم يكن متقوما قبل
الدباغة ثم الاصل وهو الصبغة اولى لا غير
مضمونة عليه بالاتلاف فكذا التابع في هذا المحل غير
مضمون من غير صنعة وفي الباقاني على صدر الشريعة
كلام لكن دفعه ابن الشيخ في شرح الوقاية فليراجع
وعندهما يضمنه مدبوغا الا قدر ما زاد الدبغ لانه
استهلكه مالا متقوما للمالك فعليه الضمان ولو تلف
لا يضمن اتفاقا لعدم صنعه ومن كسر لمسلم بربطا
او طبلا او مزمارا او دفا واراق له اي لمسلم سكرا
بفتحتين اسم للني من ماء الرطب اذا غلا واشتد او
منصفا هو ما ذهب نصفه بالطبخ وغلا واشتد ضمن
قيمته صالحا لغير اللهو ففي البربط يضمن الخشب
الصالح للاستعمال وكذا الباقي وفي سكر ونحوه يضمن
قيمته صالحا لكونه خلا وغيره ويصح بيع هذه الاشياء
عند الامام لانها اموال لصلاحيتها لما يحل به
الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية
والحمامة الطيارة وقالا لا يضمن ولا يجوز بيعها لان
هذه الاشيا اعدت للمعصية فبطل تقومها وبقولهما
قالت الائمة الثلاثة وعليه الفتوى لفساد الزمان
فيما بين الناس حتى ذكر الصدر الشهيد ان البيت يهدم
على من اعتاد الفسق وانواع الفساد وانه لا باس
بالهجوم على بيت المفسدين واراقة العصير قبل

الذي يلعب به من ملاهي العجم

ان يشتد على من اعتاده لعشق وقيل الاختلاف في الدف
والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة او طبل
الحجاج او طبل العيد او الدف الذي يباح ضربه في العرس
وتلعب به الصبية في البيت فيضمن بالاتفاق للاتلاف
كما في شرح الكنز للعيني ومن غصب مدبرة فماتت في يده
ضمن اي الغاصب ضمن الغاصب قيمتها بالاتفاق لتحقق
لتقومها وكذا الحكم لو غصب مدبرا فلا فايدة في التخصيص
سوى الموطية والمناسبة لقوله ولو غصب ام ولد فماتت
في يده فلا ضمان عليه عند الامام لعدم تقومها عنده
خلافا لهما فان عندهما يضمن قيمتها لتقومها عندهما
وبقولهما قالت الايمة الثلاثة ولو شق الزق لاراقة
الخمر التي فيه لا يضمنه عند ابي يوسف لانه فعلا
يتيسر الاراقة الا بالشق فيكون ماذونا فيه خلافا
لمحمد هو يقول ان الاراقة ممكنة بدون الشق فيضمن
الزق لانه مال متقوم ولا ضمان على من حل قيد عبد
غيره او حل رباط دابته اي دابة غيره او فتح اصطبله
اي اصطبل دابة الغير او فتح قفص طير غيره فذهب
العبد والدابة او الطير عقب ذلك الفعل هذا عند
الشيخين لانه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل
مختار وهو ذهاب العبد والدابة وطيران الطيور
واختيارهم صحيح وتركه منهم متصور والاختيار
لا ينعدم بانعدام العقل فيضاف التلف الى المباشرة
دون التسبب كما في الاختيار خلافا لمحمد في الدابة
والطير لانه فرق بين ذي العقل وغيره ذكر هذا
الخلاف صدر الشريعة والمفهوم من الشمني وغيره ان

الخلاف

الخلاف في الطير لانه قال وعن محمد يضمن في الطاير سوا
من فوره او مكث ساعة ثم طار لان الطاير مجبول
على النفار وقيدنا بالذهاب عقيب الفتح لانه لو مكث
ساعة ثم ذهب لا يضمن عندنا وعند الشافعي خلافا
لمحمد في رواية وفي الاختيار ذهبت دابة رجل ليلا
او نهارا بغير ارسال صاحبها فافسدت زرع رجل
لا ضمان عليه لانها ذهبت باختيارها وفعلها هدر
وان ارسلها ضمن ولو وجد في زرعه وداره دابة
فاخرجها فهلكت او اكلها ذيب لم يضمن لانه له ولاية
الاخراج وان ساقها بعد الاخراج ضمن ولا ضمان على
من سعى الى سلطان بمن يوذيه لا يندفع عنه الا بالسعي
ورفع الظلم لانه دفع الاذى عن نفسه حقيقة فلا يلزم
الضمان لما اخذه السلطان اما لو كان دفع الاذى ممكنا
بلا سعاية تسعى اليه فيلزم الضمان او لا ضمان لساعي
بحق بفسق بمنهيه اي الساعي لوجوب دفع المنكر ان
بما امكن فلا ضمان على من قال لسلطان قد يغرم وقد
لا يغرم ان فلانا وجد مالا وهذه الجملة مقول قول فغرمه
شيا لا يضمن الساعي لانتفا التسبيب في هذه الصور
بتوسط فعل فاعل مختار وان كان عادته اي عادة
السلطان ان يغرم البتة ضمن الساعي لوجود
التسبيب وكذا ضمن الساعي لو سعى بغير حق عند محمد
زجرا له وبه اي بقول محمد يفتى لكثرة السعاة في زماننا
وعند الشيخين لا يضمن الساعي لما مر وفي التنوير ولو
مات الساعي فللمسعي به ان ياخذ قدر الخسران من تركته
ولو اطعم الغاصب المغصوب مالكه بري وان لم يعلمه

اي وان لم يعلم الغاصب المالك لانه اطعمه لانه عين ماله وصل
اليه لقيمته ثانيا وكذا فيما اذا لبس الثوب المغصوب
مالكه خلافا للشافعي وفي العزمية امر بعض عبد غيره بالاباق
او قال له اقتل نفسك ففعل وجب على الآمر قيمته او قال له
اتلف مال مولاك فاتلف لا يضمن استعمل عبد الغير
لنفسه وان لم يعلم انه عبد او قال ذلك العبد اني حر ضمن
قيمته ان هلك ولو استعمله لغيره لا يضمن

كتاب الشفعة

تناسب الكتابين من حيث ان كلا منهما يفيد
تملك مال الانسان بغير رضاه الا ان الغصب يصح
شيئا للتملك كما له والشفعة لا تجري الا في العقار فلذلك
قدم الغصب مع كونه عدوانا هي الشفعة لغة فعلة
بالضم بمعنى مفعول من قولهم كان هذا الشيء وترا
فشفعته بآخر اي جعلته زوجا له وهي في الاصل اسم للملك
المشفوع بملك ولم يسمع منه فعل ومن لغة الفقهاء باع الشفيع
الدار التي يشفع بها اي يوخذ بالشفعة كما في القهستاني
ومنه شفاعة النبي عليه السلام للمذنبين لانه
يضمهم بها الى الفائزين وفي الشرع تملك العقار وهو
الضيعة وقيل ما له اصل من دار او ضيعة وما في حكمه كالعلو
دون المنقول كالشجر والبناء فانه منقول لم تجب الشفعة
فيه الا بتبعية العقار كالدار والكرم والرحا والبير وغيرها
على مشتريها بما اي بالذي اي بالثمن قام عليه اي على المشتري
جبرا اي من حيث الجبر وبمعناه التعويض وهو موجود فيه
مع زيادة او صالة التملك وعلى وجه الجبر وقيل هي ضم
بقعة مشتراة الى عقار الشفيع بسبب الشركة او الجوار
وهذا احسن كما في شروح الكنز للعيني وسببها اتصال

ملك

كراس
٣٩

٣٨١

ملك الشفيع بالمشتري لا بغيرها يجب لدفع ضرر الدخيل عنه
على الدوام بسبب الشركة او الجوار وهكذا احسن كما في
شرح سوء المعاشرة والمعاملة من حيث اعلاء الجدار
وايقاد النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف
الدواب لا سيما اذا كان يضاده كما قيل اضيق السجون
معاشرة الاضداد وشرطها ان يكون المحل عقارا سفلا
كان او علوا احتمل القسمة او لا وان يكون العقد معاوضة
مال بمال وركنها اخذ الشفيع من احد المتعاقدين
عند وجود سببها مع شرطها وحكمها جواز الطلب عند
تحقق السبب وصفتها ان الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ
حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية
والعيب وتجب اي تثبت ولاية الشفعة بعد البيع الصحيح
الخالي عن خيار البائع لانه انقطع فيه حق المالك وتستقر بالاشهاد صح
والطلب في الحال حتى لو اخر ساعة قبل الاستقرار تبطل
شفعته لان حقها ضعيف فبعد ذلك لا تبطل بالتأخير
وتملك بالاخذ بقضاء او رضا والصواب ان يقول وتملك
بالقضاء او الاخذ بالرضا كما في العزمية لان القاضي اذا
حكم يثبت الملك للشفيع من غير اخذ وحاصله انه تملك
العقار المشفوع باحد الامرين اما بالاخذ اذا سلمها
المشتري برضاه او بحكم الحاكم من غير اخذ كما في اكثر المعتبرات
تامل وانما تجب اي تثبت الشفعة للخليط وهو الشريك
الذي لم يقاسم في نفس المبيع وهذا بالاجماع فان لم يكن
اي وان لم يوجد الخليط في نفس المبيع او وجد ولكن سلم
الشفعة فللخليط في حق المبيع كالشرب بكسر
الشين وهو الشريك الذي لم يقاسم والطريق الخاصين

39

ثم فسر ذلك بقوله كنهر لا يجري فيه السفن اي اصغر
السفن مثال للشرب الخاص وطريق لا ينفذ مثال للطريق
الخاص حتى اذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة فالنهر
العام عند الطرفين ما تجري فيه السفن كدجلة والفرات
وذكر شيخ الاسلام اختلفوا فيه فقيل الخاص ما يتفرق
ماؤه بين الشركاء ولا يبقى اذا انتهى الى اخر الاراضي
ولا يكون له منفذ والعام ما يتفرق ويبقى وله منفذ وعامة
المشايخ على انه ما كان شركاؤه لا يحصون واختلفوا فيما
لا يحصى من خمسمائة او مائة او اربعين او عشرة وعن
ابي يوسف الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او
ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام والاصح انه مفوض الى
راي كل مجتهد في زمانه وهو اشبه الاقاويل ثم تثبت
للجار الملاصق اي لجاره عقار ولصق به ولو كان وقفا ثالثا
او اجارة او وديعة لانها لا تثبت فيها كما في التجريد لا
شفعة في الوقف ولا بجواره لو بابه في سكة اخرى
بدون الواو ولانه ان كان بابه في تلك السكة كان
خليطا في حق المبيع فلا يكون جارا ملاصقا فلهذا
قال صاحب الهداية وغيره في تفسير الجار الملاصق هو
الذي داره على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة
اخرى وقال الشافعي لا شفعة بالجوار بالشركة في نفس
البقعة لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم
وبه قال مالك واحمد ولنا قوله عليه السلام جار
الدار احق بالدار من غيره فلا تثبت للجار المقابل
اذا كانت السكة نافذة اما اذا كانت غير نافذة
فتثبت ومن مبتدا المخبر وضع على حائطها اي حائط الدار
او من

او من له شركة في خشبة عليه اي على الحائط جار خبر
المبتدا الا ان الجار بهذا القدر لا يكون خليطا في
حق المبيع فلا يخرج عن كونه جارا ملاصقا وان كان
شريكا في نفس الجدار فشريك يقدم على الخليط لكن
في التبيين وغيره واذا كان بعض الجيران شريكا في
الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة في البنا
المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان
البنا والمكان الذي عليه البنا مشتركا بينهما كان هو
اولى من غيره من الجيران انتهى فيلزم التوفيق بينه
وبين ما في المتن بان يراد بالمتن مجرد البنا والمكان الذي
عليه البنا لا البنا المجرد تدبر وهي اي الشفعة على
عدد الرؤوس اي رؤوس الشفعا لا السهام اي سهامهم
ملكهم لان علة الاستحقاق لاتصال الملك لا قدره
فالترجيح لقوة العلة لا للكثرة ولذا اقسم على التنصيف
ما باع شريك لصاحب نصف وثلث وسدس وجار له
جار من ثلاث جوانب وثانيهما من جانب خلافا للشافعي
اذ عنده يقضي بقدر الاملاك لا بعدد الرؤوس لان
الشفعة من مرافق الملك فيكون على قدر الملك وفي
التنوير اسقط بعضهم حقه من الشفعة بعد القضا
لبعضهم فليس للباقي اخذ نصيب التارك ولو كان بعضهم غائبا
يقضي بالشفعة بين الحاضرين في الجميع وكذا لو كان
الشريك غائبا فطلب الحاضر يقضي بالشفعة ثم اذا
حضر وطلب قضي له بها ولو اسقط الشفيع الشفعة
قبل الشرا لم يصح اراد الشفيع اخذ البعض وترك
الباقي لم يملك ذلك جبرا على المشتري ولو جعل بعض

الشفعا نصيبه لبعض لم يصح وسقط حقه به فاذا علم
الشفيع البيع اي بيع العقار المشفوع يشهد من
الافعال الذي يجلس علمه اي الشفيع على انه يطلبها سواء علم
البيع من البايع او المشتري او سمع الكلام في حق البيع
او بلغه اخبار شخص ان فلانا باع داره بلفظ يفهم طلبها
كطلبت الشفعة او انا طالب لها او اطلبها لان الاعتبار
للمعنى والمعتبر الطلب دون الاشهاد وانما الاشهاد للاثبات
حتى لو صدقه المشتري على الطلب لا يحتاج الى الشهود ثم
اعتبار المجلس اختيار الكرخي وبعض مشايخ بخاري
للتامل وفي رواية الاصل والنيه مال ذهب مشايخ
بلخ وعامة مشايخ بخارا وعليه الفتوى كما في اللخ وقيل
تبطل ان سكت او في سكوت حتى لو اخبر بكتاب
والشفعة في اوله او وسطه فقرا الكتاب الخ لا بطلت
شفعته اذا كان ذلك بعد العلم بالمشتري وبالثمن ويسمى
اي الطلب في المجلس طلب مواثبة اي مسارعة من
الوثوب سمي به تبركا بلفظ الحديث دلالة على غاية التعجيل ثم
يشهد عند العقار لانه محل الشفعة او يشهد على
المشتري ولو غير ذي يد بان يقول انا طلبت منك
الشفعة في دار اشتريتها من فلان حدودها كذا وانا
شفيعها بالشركة في الدار او الطريق او الجوار بدار
حدودها كذا فاشهدوا لي فلا بد ان يبين حدود
الدارين مع كل واحدة منهما بيان الثبوت كما في الخانية
لكن في [illegible] وغيره ان تبيين هذه الامور ليس مما
لابد منه وفيه اشارة الى ان له الاشهاد عند ابعد
هؤلاء مع الاقرب بعلي ما قال بعض المشايخ وذهب

الآخرون

الآخرون الى انه انما يشهد عند الاقرب كما في القهستاني
او على البايع ان كان المبيع في يده فلا يصح الاشهاد
عند بايع ليس بذي يد على ما ذكره القدوري واختاره
الصدر الشهيد وذكر شيخ الاسلام وغيره ان الاشهاد
يصح عنده استحسانا وانما ذكر كلمة ثم اشارة الى ان
مدة هذا الطلب لم يكن على فور المجلس في الاكثر
بل مقدرة بمدة التمكن من الاشهاد ولم يكن على فور
المجلس كما في النهاية وغيره حتى لو تمكن ولم يطلب
بطلت شفعته فيقول اشترى فلان هذه الدار
وقد كنت طلبت الشفعة قبله طلب المواثبة وانا
اطلبها الآن فاشهدوا على ذلك ويسمى هذا الطلب تقرير — طلب ٣
واشهاد فلا بد منه لانه يحتاج اليه لاثباته عند
القاضي ولا يمكنه الاشهاد على طلب المواثبة ظاهرا لانه — وقف
على الفور فيحتاج بعد ذلك الى الاشهاد للتقرير ثم
يطلب عند قاض فيقول اشترى فلان دار كذا وانا
شفيعها بسبب كذا فمره ايها القاضي بالتسليم الى حتى
بالرد او يترك الدخيل بينه وبين فالتسليم على هذا اللفظ
لا يقتضي القبض بل يوجد قبل القبض وبعده فيرد
ما قيل من انه هذا اذا قبض المشتري المبيع قبل
هو الظاهر في الشفيع في الجوار لا في الشفيع في نفس
المبيع وطلب الخصومة لا يتوقف عليه انتهى ويسمى هذا
الطلب طلب خصومة وتملك فلا بد منه ايضا لانه — بدونه
لا يحكم له طلبه ولا تبطل الشفعة بتاخيره اي بتاخير
طلب الاخذ مطلقا بعدما استقرت شفعته بالاشهاد
عند الشيخين في ظاهر المذهب وعليه اي على قول

الامام الفتوى لان الحق قد ثبت بالطلب فلا يبطل بالتاخير
كسائر الحقوق ولو كان التاخير بعذر من مرض او سفر
او حبس او عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده لا
يسقط بالاجماع وان طالت المدة وعن ابي يوسف ان
اخره مجلسا حكميا يبطل لتركه عند امكانه الاخذ وفي
رواية الى ثلاثة ايام وقيل يفتى بقول محمد وزفر
ورواية عن ابي يوسف انه اي الشفيع ان اخره اي
طلب الخصومة شهرا بلا عذر بطلت الشفعة لانه
قال الفتوى اليوم على انه اذا اخر شهرا سقطت
الشفعة لتغير احوال الناس في قصد الاضرار بالغير
وفي المحيط والخلاصة ومنية المفتي ومختارات
النوازل الفتوى على قول محمد واذا ادعى الشفيع
الشرا وطلب الشفعة سال القاضي المدعى عليه وهو
المشتري عن الدار التي يشفع فيها الشفيع هل هي
ملك للشفيع اولا فان اقر المشتري بملك ما يشفع به
او انكر فحلف ونكل عن الحلف على العلم بملكيته بان
يحلف بالله ما اعلم انه مالك لما يشفع به او انكر
وبرهن الشفيع اي اقام بينة على ملكيته ساله اي
القاضي عن الشرا فيقول له اشتريت ام لا فان اقر
المشتري به اي بالشرا وانكر فحلف ونكل عن اليمين
انه ما ابتاع او ما يستحق الشفيع عليه هذه
الشفعة او برهن الشفيع يعني ان ثبوت الشفعة
ان كان متفقا عليه يحلف على الحاصل بالله ما استحق
هذا الشفيع الشفعة عليه وان كان مختلفا فيه
كشفعة الجوار يحلف على السبب ما اشتريت هذه

الدار

الدار لانه ربما يحلف على الحاصل بمذهب الشافعي كما في
شروح الكنز وفي التنوير من لم ير الشفعة بالجوار
كالشافعي طلبه عند الحاكم سواء قضى اي القاضي له اي
للشفيع بها اي بالشفعة لثبوته عنده قال
العيني والواجب في هذا ان يسال القاضي اولا عن
الدعوى عن موضع الدار من مصر ومحلة وحدودها
لانه ادعى حقا فلا بد ان تكون معلومة فاذا تبين
ذلك ساله هل قبض المشتري الدار ام لا لانه اذا لم
يقبضها لا تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع فاذا
تبين ذلك ساله عن طلب التقرير كيف كان وعند
من اشهد فاذا تبين ذلك كله تمت دعواه ثم اقبل على
المدعى عليه فساله كما في المتن ولا يشترط احضار
الثمن وقت الدعوى في ظاهر الرواية فتجوز له
المنازعة وان لم يحضره الى مجلس القاضي لان لزوم الثمن
على الشفيع بعد القضا لا قبله وعن محمد وهو رواية
الحسن عن الامام انه لا يقضي حتى يحضر الثمن لاحتمال
ان يكون الشفيع مفلسا فيتوى المال على المشتري
فاذا قضي له لزم احضاره اي الثمن لتحقق سبب
اللزوم وللمشتري حبس الدار لقبضه اي للمشتري حبس
الدار لقبض ثمنه فلو لم ينقده حبسه القاضي الشفيع
بلا بلان الشفيع والمشتري نزلا منزلة البائع والمشتري
ولا تبطل شفعته بتاخير الثمن بعدما امر القاضي باداية
اجماعا لتاكد الشفعة بالقضا وللشفيع ان يخاصم
البائع ان كان المبيع في يده لان له يدا محقة اصالة
فكان خصما كالمالك ولكن لا يسمع القاضي البينة اي بينة

الشفيع عليه اي على البايع بغيبة المشتري حتى يحضر المشتري
لانه المالك فيفسخ البيع بحضرته اي المشتري عند حضور
البايع لان احدهما صاحب يد والاخر ملكا ويقضي بالشفعة
على البايع ويجعل عليه اي على البايع العهدة اي يجعل
ما يترتب على البيع من الاحكام على البايع قبل تسليم
المبيع الى المشتري والعهدة على المشتري لو كان ذلك
بعده لان البايع يصير اجنبيا كما في اكثر المعتبرات
وفي هذا ان المص اطلق في محل التقييد وقال
الشافعي العهدة على المشتري مطلقا والوكيل بالشرا
خصم للشفيع لانه العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق
العقد فلهذا الوكالة البايع وكذلك كان للشفيع ان
يخاصمه فياخذها منه بحضرة المشتري ما لم يسلم الى
الموكل فاذا سلمها الى الموكل لا يبقى له يد ولا ملك فلا
يكون خصما بعده وللشفيع خيار الروية والعيب وان
وصلية شرط ابراة منه اي من العيب بالاجماع لان
الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا فيثبت فيه الخيار ولا
يسقط بروية المشتري وبشرط براته لان الشفيع
ليس بنايب عنه فلا يسقط حقه باسقاط المشتري
فصل وان اختلف الشفيع والمشتري في
الثمن فالقول للمشتري مع اليمين لان الشفيع يدعي
عليه حق الاخذ عند نقد الاقل والمشتري ينكره
فالقول للمنكر ولا يتحالفان ولو برهنا اي اقام كل منهما
البينة على دعواه فللشفيع اي بينة الشفيع احق
بالتقديم عند الطرفين لكونه مدعيا ولانه يمكن صدق
البينتين بجريان العقد مرتين فيجعلان موجودين
والشفيع

فالشفيع ياخذ بايهما شا وعند ابي يوسف للمشتري
اي بينة المشتري احق لانها تثبت الزيادة وهو قول
الشافعي واحمد وان ادعى المشتري ثمنا وادعى البايع
ثمنا اقل منه اي من ذلك الثمن اخذه اي العقار الشفيع
بما قال البايع قبل قبض الثمن سوا قبض المشتري
العقار اولا لان هذا القول من البايع حط بعض الثمن
عن المشتري والحط عنه حط عن الشفيع بذلك وبما قال
المشتري بعده اي اخذ الشفيع بقول المشتري بعد
قبض البايع الثمن لانه صار حينيذ كالاجنبي وبقي الاختلاف
بين المشتري والشفيع فالقول للمشتري ولو كان
قبض الثمن غير ظاهر فقال البايع بعت الدار بالف
وقبضت الثمن اخذ الشفيع بالف لانه بين الثمن
في حال له ولاية البيان فيه فيقبل بيانه وان قال
قبضت الثمن وهو الف اخذها بقول المشتري فيهما
وان عكسا اي ادعى البايع ثمنا والمشتري اقل منه
فبعد القبض يعتبر قول المشتري اي لو كان بعد
قبض البايع الثمن اخذها الشفيع بما قال المشتري
وقبله اي قبل القبض يتحالفان ويترادان البيع
واي من البايع والمشتري نكل عن اليمين اعتبر قول
صاحبه فيا خذها الشفيع بذلك لان النكول بمنزلة
الاقرار بما يدعيه الاخر وان حلفا فسخ البيع اي فسخ
القاضي العقد بينهما فياخذه اي العقار الشفيع بما
قال البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق
الشفيع كما لو رد عليه بعيب بقضا قاض كما في اكثر
المعتبرات وان حط البايع عن المشتري بعض الثمن ياخذ

لانه لما اقر باستيفاء الثمن
صار اجنبيا فلا يعتبر قوله
في مقدار الثمن وعند الائمة
الثلاثة ياخذها بقول المشتري

أي العقار الشفيع باقيا في من الثمن سواء كان قبل
قبضه أو بعده لما مر أن الحط عن المشتري حط عن
الشفيع أي الحط يلتحق بأصل العقد خلافا لزفر والأئمة
الثلاثة فإن عندهم لا أثر للحط بل عليه الثمن المسمى
وإن حط البايع عن المشتري الكل أي كل الثمن يأخذ
الشفيع بالكل أي بكل الثمن بالإجماع لأنه يصير بيعا
بلا ثمن وإنه باطل لكن في شروح الهداية للدهلوي
كلام فليطالع وإن حط البايع عن المشتري النصف أي
نصف الثمن ثم حط النصف الآخر يأخذ الشفيع بالنصف
الأخير لأنه لما حط النصف التحق بأصل العقد فوجب
عليه النصف فلما حط النصف الآخر كان حطا للجميع
فلا يسقط عن الشفيع وإن زاد المشتري في الثمن
بعد عقد البيع لا تلزم الشفيع الزيادة أي يأخذ
بالثمن الأول بالإجماع لأنه حق الشفيع فتكليف
الزيادة إبطال لحقه وإن كان الثمن مثليا لزم الشفيع
مثله أي يأخذ الشفيع المبيع بمثل الثمن في شرا العقار
العقار بكيل أو موزون لأنهما من ذوات الأمثال
وإن كان الثمن قيميا فقيمته أي يأخذ المبيع بالقيمة
في شراء دار أو فرس لأنهما من ذوات القيم ويأخذ كل
واحد بقيمة الآخر في شرا عقار بعقار لتحقق البدلية
بينهما ولكونه من ذوات القيم وإن كان الثمن مؤجلا بأجل
معلوم لأنه إن كان مجهولا فالبيع فاسد أخذ بثمن حال
أو يطلب الشفيع شفعته في الحال لأن تركه بعد ثبوت
حقه دليل الإعراض وفي الهداية فللشفيع الخيار إن
شاء أخذها بثمن حال وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل

ويأخذ

ويأخذ الشفيع بعد مضي الأجل لكون الثمن مؤجلا
وقال زفر ومالك وأحمد والشافعي في القديم له أن
يأخذها في الحال بالثمن المؤجل لأن الشرا وقع به ولنا
أن الأصل في الثمن أن يكون حالا وإنما يؤجل بالشرط
ولا شرط في حق الشفيع ولا يتعجل ما على المشتري لو أخذ
الشفيع بالحال لأن الأجل ثبت له بالشرط ولا يبطل
بأخذ الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه المشتري
بثمن حال وإن اختار الانتظار كان له ذلك لأن له أن
لا يلتزم الضرر الزايد كما في التبيين ولو سكت عن
الطلب بحل الأجل بطلت شفعته عند الطرفين
خلافا لأبي يوسف فإن عنده لا تبطل بالتأخير إلى
حلول الأجل لأن الطلب ليس مقصودا لذاته بل للأخذ
وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في
طلبه في الحال ولهما أن حقه قد ثبت ولهذا له أن
يأخذ بثمن حال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه
يبطل الشفعة ولو اشترى ذمي بخمر أو خنزير يأخذ الشفيع
الذمي بمثل الخمر وقيمة الخنزير لأن هذا البيع مقضي
بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر
لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ الأول بالمثل
والثاني بالقيمة ولو أسلم الذمي صار حكمه حكم المسلم
من الابتداء فيأخذها بالقيمة ويأخذ الشفيع المسلم
بالقيمة فيهما أما الخنزير فمن ذوات القيم وأما الخمر والخنزير
بالرجوع إلى ذمي أسلم أو فاسق تاب وفي ما في الفرايد
من أنه نفي صورة وهو أنه لو اشترى ذمي بخنزير
وكان شفيعه مسلما وذميا لم يسبقه أحكمها كلام

لانه بين انفا ان المسلم ياخذ بالقيمة وكذا ياخذ الذمي
بالقيمة لان الخنزير من ذوات القيم فلا وجه على ما
قاله تامل ولو بنى المشتري على الارض المشفوعة
او غرس فيها فحكم بالشفعة اخذها الشفيع بالثمن
وبقيمتهما اي البنا او الغرس مقلوعين والمراد بقيمتهما
مقلوعين قيمتهما مستحق القلع كما في الغصب او كلف
المشتري قلعهما اي البنا والغرس وياخذ الارض فارغة
بكل الثمن بدونهما وعن ابي يوسف لا يكلفه بالقلع
لكن بل يكون بالخيار بين ان ياخذها بالثمن وبقيمة
البنا والغرس وبين ان يترك لان المشتري محق في
البنا وليس بمتعد اذ بنى في ملكه المشتري والتكليف
بالقلع من احكام العدوان وبه قال الشافعي ولنا
انه بنى في محل ظهر تعلق حقه متاكد للغير وهو
الشفيع من غير تسليط فيا هو الشفيع بالنقض
كالغاصب اذا بنى لان حق الشفيع اقوى من حق
المشتري لتقدم حق الشفيع عليه ولذا ينقض
الشفيع بيع المشتري وهبته وجعله مسجدا ومقبرة
وغيرها تصرفه كالتصرف في ملك الشفيع في حق
النقض وله ان ينقض المسجد ونبش الموتى كما في
القهستاني ولو استحقت الارض بعد ما بنى الشفيع
او غرس رجع الشفيع على المشتري بالثمن فقط يعني
لا يرجع بقيمة البنا والغرس لا على البائع اذا اخذها
منه ولا على المشتري اذا اخذها منه معناه لا
لا يرجع بما نقص بالقلع وعن ابي يوسف انه يرجع
به لانه ملكه عليه وكان كالمشتري وجه الظاهر
وهو

وهو الفرق بينه وبين المشتري ان المشتري مغرور من
جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور
ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري لان الشفيع
اخذها منه جبرا وان جف الشجر بافة سماوية او انهدم
البنا بعد شرا المشتري بغير صنع احد ولم يبق شي من
نقض او خشب فاما اذا بقي شي من ذلك فلا بد من
سقوط بعض الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم
العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ ياخذها
الشفيع بكل الثمن ان شا ولا يسقط من الثمن شي
لانهما تابعان للارض حتى يدخلان في البيع من
غير ذكر فلا يقابلهما شي من الثمن بخلاف ما اذا
تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن
بحصته وان هدم المشتري البنا اخذ الشفيع
العرصة بحصتها من الثمن ان شا وان شا ترك لان
المشتري قصد الاتلاف فيلزم الخيار المذكور
ونقض الاجنبي كنقض المشتري وليس له اي للشفيع
اخذ النقض بل هو للمشتري لكونه مفصولا ومنقولا
واذا اشترى المشتري الارض مع شجر مثمر بان شرطه
في البيع او غير مثمر واثمر في يده اي المشتري بعد الشرا
اخذه الشفيع مع الثمر فيهما لانه باتصاله خلقة صار
تبعا من وجه وهو الاستحسان والقياس لا يكون
له اخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها فان
جذه اي قطع الثمر او اجتناه المشتري مفصولا عنه
فلا ياخذه فياخذ ما سواه اي ما سوى الثمر بالحصة
في الاول وهو ما اذا اشترى بثمر فيسقط من الثمن

فليس للشفيع اخذه لانه لم يبق
تبعا للعقار وقت الاخذ حيث
[illegible]

حصة الثمر لانه دخل في المبيع مقصودا فيقابله شيء من
الثمن ويكمل الثمن في الثاني اي فيما اذا اثمر في يد المشتري
اي ياخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم يكن
موجودا عند العقد فلا يدخل الا عند الاخذ في المبيع الا
تبعا فلا يقابله شيء من الثمن وفي التنوير قضى للشفعة
للشفيع ليس له تركها الطلب في بيع فاسد وقت
انقطاع البائع اتفاقا باب ما يجب فيه
الشفعة وما لا يجب وما يبطلها اي الشفعة ذكر
تفصيلها بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد
الاجمال انما يجب اي تثبت الشفعة قصدا في عقار
انما قال قصدا لانها تثبت في غير العقار بتبعية
العقار كالشجر والثمر كما في الدرر قوله ملك على صيغة
المجهول صفة عقار واحترز بقوله بعوض عما اذا ملك
بالهبة فان الشفعة لا تجب فيها وبقوله هو مال عما اذا
ملك بعوض غير مال كالمهر ونحوه فان الشفعة لا تجب
كما سيأتي وان وصلية لم يمكن قسمته كرحى وحمام وبير
وبيت صغير لا ينتفع اذا قسم عندنا لدفع ضرر الجوار
خلافا للشافعي اذ عنده لا شفعة فيما لا ينقسم لان
وجوب الشفعة لدفع مؤنة القسمة فلا يستحق الا
فيما ينقسم ولا يجب الشفعة في عرض وفلك لانهما ليسا
بعقار قال عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط خلافا
لمالك في السفينة وبناء وشجر بيعا قصدا او شجر بدون
الارض لانهما منقولان وان بيعا مع الارض يجب
فيهما الشفعة تبعا للارض ولا يجب في ارث وصدقة
لان تملكها ليس بمقابلة مال وهبة بلا عوض مشروط
في العقد

في العقد حتى لو عوضه دارا اخرى لا يجب الشفعة ايضا فيهما
لان هذا التعويض تبرع لا عوض حقيقة عن الهبة
وفيه اشارة اذا اشترط العوض يجب لانه بيع انتهاء كما مر
في الهبة واما اذا وهب له هبة ثم عوض عنها بغير شرط
لا يجب عندنا خلافا لمالك وما بيع اي لا تثبت الشفعة
في عقار بيع بخيار البائع لانه يمنع زوال الملك عن
البائع او بيع العقار بيعا فاسدا يعني اذا اشترى
عقارا شراء فاسدا فلا شفعة فيه اما قبل القبض
فلبقاء ملك البائع فيه واما بعده فلاحتمال الفسخ
لان لكل واحد من المتبايعين سبيلا من فسخه ما لم
يسقط حق الفسخ فان سقط حق الفسخ في المبيع بخيار
البائع بان اسقط الخيار او بنى المشتري فيه في البيع
الفاسد يجب الشفعة لزوال المانع وان اشترى
بشرط الخيار فللشفيع الشفعة بالاجماع ولا تثبت
الشفعة في عقار قسم بين الشركاء لان في القسمة
معنى الافراز ولهذا لم تشرع الا في المبادلة المطلقة او
لا يجب في عقار جعل اجرة بان استاجر حماما بدار يدفعها
اليه عوض الاجرة او بدل خلع بان خالعها على دار يدفعها
اليها او بدل عتق بان اعتق عبده على دار فقبل
العبد او بدل صلح عن دم عمد او جعل مهرا لانها ليست
باموال ولا مثل لها حتى يأخذه الشفيع به هذا عندنا
لان تقوم المنافع في الاجارة لضرورة الحاجة وكذا
تقوم الدم لضرورة الصيانة عن الهدر وما يثبت
بالضرورة لا يتعدى عن موضعها فلا تكون متقومة
في حق الشفعة واما الاعتاق فهو ازالة مالية فكيف

تقوم المال وعند الائمة الثلاثة تجب فيهما بناء على ان
الاعراض متقومة عندهم وان وصلية فهو بل ببعضه
اي ببعض ما جعل بدلا بهذه الاشياء مالا عند الامام
لان معنى البيع فيه تابع فلا شفعة في التبع كما لا
شفعة في الاصل وعندهما تجب الشفعة في حصة
المال حينئذ كان فيه مبادلة مال بمال ولا تثبت فيما
صولح عنه اي عن العقار بانكار او سكوت لانه اذا
صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل
عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل
انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه
كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها بالاقرار لانه
معترف بالملك للمدعي كما في الهداية فتجب فيما صولح
عليه اي العقار باحدهما وفي الهداية اذا صالح على
الدار باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في
جميع ذلك لان المدعي اخذها عوضا عن حقه في زعمه
اذا لم تكن من جنسه فيعامل بزعمه انتهى فعلى
هذا ان تقييد المص بالانكار والسكوت مما لا ينبغي
تدبر ولا تجب شفعته فيما سلمت شفعته ثم رد بخيار
رؤية او شرط او بخيار عيب بقضاء لانه فسخ من كل وجه
فعاد الى قديم ملكه والشفعة في البيع لا في الفسخ
قوله بقضاء قيد للرد بعيب سواء كان الرد بعد القبض
او قبله وما رد به اي بعيب بلا قضاء او بالاقالة تجب
الشفعة فيه لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما
وقد قصدا الفسخ بيع جديد في حق ثالث لوجود حد
البيع وهو مبادلة المال بالتراضي والشفيع ثالث

ومراده

ومراده بالعيب بعد القبض لانه قبله فسخ من الاصل وان
كان بغير قضاء كما في الهداية وفي التبيين كلام وفي
التسهيل جواب فليطالع ان شئت وقال زفر لا تجب لان
العقد قد انفسخ بالرد بالعيب والاقالة وهو قول
الشافعي واحمد وتجب الشفعة في العلو وحده وتجب
في السفل بسببه اي بسبب العلو هذا اذا لم يكن طريق
العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار اما
اذا كان طريق العلو في السفل فحينئذ تثبت الشفعة
بالطريق لا من حق القرار لان شركة الطريق اقوى من
حق العقار ولا تجب الشفعة فيما بيع بخيار المشتري لان
الخيار لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق تبتني
عليه كما في الهداية وان بيعت دار بجنب المبيعة
بالخيار فالشفعة لمن له الخيار بائعا او مشتريا اما
البائع فلان الملك في الدار عند هذا البيع للبائع فاذا
اخذها بالشفعة فهذا نقض منه للبيع واما للمشتري
فلان المبيع دخل في ملكه عندهما لانه يصير بالاخذ
مختارا للبيع فيصير اجازة فيلزم ويملك به المبيع وكذا
عنده لانه صار احق بالبيع من غيره وذلك يكفي
لاستحقاق الشفعة كالمأذون او للمكاتب اذا بيعت
دار بجنب دارهما وعن هذا قال وتكون الشفعة
اجازة واسقاط للخيار من المشتري في حق مبيعه
لوجود دليل الرضا بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث
لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار
الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته كما في
الهداية وللشفيع الدار الاولى اخذها اي اخذ الاولى منه

يعني اذا اخذ الشفيع الدار الاولى وهي التي اشتراها المشتري
كان له ان ياخذها بالشفعة لانه اولى بها من المشتري
لما عرف ان الشفيع اولى من المشتري لا اخذ الثانية وهي
التي اخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في
الاولى حين بيعت الثانية هذا اذا لم تكن متصلة
بملكه وان كانت متصلة كان له ان يشاركه فيها بالشفعة
وان بيعت دار بجنب الدار المبيعة بيعا فاسدا فشفيعها
اي الدار المبيعة البايع ان بيعت قبل قبض المشتري
لبقا ملكه فيها فان قبض المشتري بعد الحكم له اي للبايع
بها اي بالشفعة لا تبطل الشفعة اي ان سلمها بعد
الحكم له بها لا تبطل لان ملكه في المشفوعة قد تقرر
بالحكم فلا يبطل باخراج الاولى عن ملكه وانما يستحق
المشتري الدار المبيعة بجنبها بالشفعة اذا كان بيعها
بعد قبضه لا قبله لان الشفعة انما تستحق بالملك ولا
ملك له قبله وان بيعت بعد قبض المشتري المبيعة فاسدا
فالشفعة للمشتري لثبوت الملك له بالقبض وان
استرد البايع منه اي من المشتري المبيعة قبل الحكم
بحكم الافساد له اي للمشتري بالشفعة بطلت شفعته
لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة
وان استردها منه بعد الحكم له بقيت الثانية على ملك
المشتري لانه اخذها حين كان له حق الاخذ
والمسلم والذمي في الشفعة سوا للعمومات ولانهما
يستويان في السبب وفي الحكمة فيستويان في
الاستحقاق ولهذا استوى فيها الذكور والاناث
والصغير والكبير خلافا لابن ابي ليلى في الذمي
والصغير

والصغير وكذا الحر والعبد الماذون والمكاتب اي سواء ولو
وصليه في مبيع السيد كالعكس اي للماذون والمكاتب
شفعة في مبيع السيد كما للسيد كالعكس شفعة في
مبيع الماذون والمكاتب لان في يدهما اليس ملك
مولاهما قال ابن الشيخ في شرح الوقاية وغيره يجب
الشفعة للماذون حال كونه مديونا دينا محيطا برقبته
وكسبه فيما باعه سيده لكونه اجنبيا وكذا يجب
الشفعة لسيده فيما باعه عبده الماذون الذي
عليه دين محيط لان ما في يد العبد المستغرق ملك
له لولاه قبل احاطة الدين ماله ورقبته ليس بشرط
يقال الاحاطة هنا قيد لازم لظهور حق الشفعة
بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه مبيعه لمولاه
ولا منفعة لمن بيع له انتهى فعلى هذا ان المص قد اطلق
في محل التقييد وحمل صاحب الغرر ايد على ما قال
صاحب الاصلاح لتبين مما ينبغي تدبر فصل
وتبطل الشفعة بتسليم الكل او البعض اي كل المشترى
او بعضه الى البايع بعد البيع لان التسليم قبله لا يبطلها
اما تسليمه الكل فلانه صريح في الاسقاط واما البعض
فلان حق الشفعة لا يتجزى في ثبوتا كما ملكه المشتري
والمشتري لا يملك البعض لانه تفريق الصفقة فلا
يتجزى اسقاطا فيكون ذكر بعضه كذكر كله كما في الاختيار
ولو وكيلة اي ولو كان التسليم من الوكيل والمراد
من الوكيل الوكيل بطلب الشفعة واما الوكيل بالشرا
فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته عن اعراض
بالاعراض اجماع لان الوكيل بالشفعة انما يصح تسليمه

اذا كان في مجلس القاضي عند الامام وعند ابي يوسف يصح
مطلقا وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه اصلا ولو اقر
هذا الوكيل على موكله بانه سلم الشفعة جاز اقراره
عليه عندهما اذا كان في مجلس القاضي وان كان في غير
فلا يجوز الا انه يخرج من الخصومة وقال ابو يوسف
يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا وهي مسئلة اقرار
الوكيل وموضعها في الوكالة وتبطل الشفعة بترك
طلب المواثبة او طلب التقرير حين علم مع القدرة عليها
لانها تبطل بالاعراض وتبطل الشفعة بالصلح اي صلح
المشتري الشفيع من الشفعة على عوض وعليه اي
على الشفيع رده اي العوض لان حق الشفعة لم يكن
متقررا في المحل وهو مجرد التملك العين المتقوم لانه
اخذ الاعتياض عن حق ليس بمال فسقط حقه
فيكون المأخوذ رشوة وكذا تبطل شفعته لو باع
بمال لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا
يحتمل التمليك فكان عبارة عن الاسقاط مجازا ~
فتسقط الشفعة ولا يلزم المال بخلاف القصاص لانه
حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض
عن ملك في المحل وكذا لو قال للمخيرة اختاريني بالف
او قال العنين لامرأته ذلك اي تركك للفسخ بالف
فاختارته اي اختارت الزوج بطل خيارها ولا يجب
العوض لانه لم يقابله حق متقرر فلا تكون تجارة
عن تراض فلا تحل وتبطل الشفعة ببيع ما يشفع
به قبل الحكم له اي للشفيع بها اي بالشفعة لزوال
سبب الاستحقاق قبل القضاء واما بعد القضاء فيكون

ميراثا

كراس ٤٠

٣٩١

ميراثا للورثة ولا فرق بين ان يكون عالما وقت بيع
العقار بشراء المشفوع او لا لانه لا يختلف في الحالين
وكذا ابرأ الغريم لان ذلك اسقاط فلا يتوقف على
العلم وتبطل ايضا بموت الشفيع قبل الاخذ بعد الطلب
وقبله فلا يورث عنه وقال الشافعي لا تبطل لانها
حقه والوارث يخلفه في حقه قلنا ان حق الشفعة
حق التملك وهو قائم بالشفيع فلا يبقى بعد موته
لا تبطل بموت المشتري لوجود المستحق ولا شفعة
لمن باع صورته وكل صاحب الدار شفيعه ببيعها
فباعها لان البيع يدل على الاعراض وعند الائمة
تجب له الشفعة او بيع له صورته ان المضارب ورب
المال شفيعها فلا شفعة له لان البيع له او ضمن الشفيع
الدرك عن البائع فان الشفعة تبطل لانه بضمانه
له الدرك ضمن له ان تحصل له الدار وذلك لا يكون الا
بتركه للشفعة وفي اخذه بها ابطال ذلك وعند الائمة
الثلاثة تجب لو ساوم المشتري بيعا او اجارة او طلب
الشفيع من المشتري ان يوليه على عقد الشراء
فان الشفعة تبطل بذلك لانه دليل الاعراض وتجب
الشفعة لمن ابتاع فبيانه لو وكل المشتري شفيع
الدار بشرائها فاشتراها فله الشفعة او ابيع له
بيانه اشترى المضارب بمال المضاربة دارا ورب
المال شفيعها بدار اخرى كان له الشفعة ولا فرق
بان يكون البيع او الشراء من الاصيل او وكيله في بطلان
الشفعة في الاول ووجوبها في الثاني ولو قيل للشفيع
انها اي الدار التي تثبت فيها الشفعة له بيعت بالف

40

درهم فسلم الشفيع لاجل الاستكثار ثم بان اي ظهر
انها بيعت باقل من الالف او ظهر انها بيعت بكيلي او و
زني او عددي متقارب قيمته الف او اكثر فله اي
للشفيع الشفعة لان تسليمه كان لاستكثار الثمن
او لتعذر الجنس ظاهرا فاذا بين له خلاف ذلك
كان الاخذ للتيسير وعدم الرضا على تقدير ان يكون
الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ تختلف باختلاف
الثمن قدرا او جنسا فاذا اسلم على بعض وجوهه لا يلزم
منه التسليم في الوجوه كلها ولو بان انها بيعت بعرض
قيمته الف او بدنانير قيمتها الف او اكثر فلا شفعة له
اما عدم الشفعة ان ظهر انها بيعت بعرض قيمته
مثل قيمة الذي بلغه او اكثر فلعدم الفائدة لان الواجب
في غير المكيل والموزون القيمة فلا يظهر التفاوت
واما عدم الشفعة ان ظهر انها بيعت بدنانير قيمتها
الف فلان الجنس متحد في حق الثمنية ولذا يضم احدهما
الى الاخر في الزكاة وقال زفر له الشفعة لاختلاف
الجنس وهو قول الائمة الثلاثة كما في الهداية وغيرها
وغيرها لكن في التبيين هنا قول ابي يوسف وهو
استحسان والقياس ان يثبت له حق الشفعة وهو
قول الامام وزفر وفي النهاية نقلا عن المبسوط
وقول محمد مع الامام لان الجنس مختلف حقيقة
وحكما ولهذا اجاز التفاضل بينهما في البيع والمص
اختلافهما اختار صاحب الهداية فلهذا لم يذكر
الاختلاف بين علمائنا الثلاثة تتبع وانما قيد بالالف
او اكثر لان قيمته ان اقل فهو على شفعته ولو قيل له
اي للشفيع

اي للشفيع المشتري فلان فسلم الشفعة فبان انه اي
المشتري غيره اي غير فلان فله الشفعة لان رضاه
بجواره لا بجوار غيره لتفاوت الناس ولو قيل له
المشتري فلان فسلم ثم بان انه اي المشتري هو اي فلان
مع غيره فله الشفعة في حصة الغير لان التسليم لم
يوجد في حقه ولو بلغه اي الشفيع بيع النصف فسلم
الشفعة فظهر بيع الكل فله الشفعة في الكل لانه سلم
النصف وكان حقه في اخذ الكل والكل غير النصف فلا
يكون اسقاطه اسقاطا للكل وعلل صاحب الهداية
بان التسليم لضرر الشركة ولا شركة لكن في التبيين هذا
التعليل يستقيم في الجار دون الشريك والاول يستقيم
فيهما واما اذا اخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر بشراء النصف
لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم
في ابعاضه وقيل له الشفعة ومال اليه شيخ الاسلام
كما في المنح ثم شرع في بيان الحيلة فيها فقال وان
باعها اي الدار الا ذراعا اي مقدار ذراع من طول
الجدار الذي يلي جانب الشفيع فلا شفعة له لان
الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع وكذا
لو وهب هذا القدر للمشتري لعدم الالتزاق وان
شرى منها اي من الدار سهما بثمن ثم شرى باقيها اي باقي
الدار فالشفعة في السهم فقط لان الشفيع جار محض
والمشتري شريك في الباقي فيتقدم عليه ولو اراد الحيلة
اشترى السهم الاول بجميع الثمن الا درهما والباقي
بالدرهم فلا يرغب الجار في اخذ السهم الاول لكثرة الثمن
لا سيما اذا كان جزءا قليلا كالعشر او اقل مثلا وان

ابتاعها اي ان اشتري الدار بثمن كثير كالف ثم دفع عنه
اي عن الثمن ثوبا يساوي مائة درهم مثلا اخذها الشفيع
بالثمن لا بقيمة الثوب لان الثوب عوض عما في ذمة المشتري
فيكون البايع مشتريا بعقد اخر غير العقد الاول
وهذه الحيلة تعم الشريك والجار لكن فيه ضرر بالبايع
لانه اذا استحقت الدار المشفوعة يبقي كل الثمن والاوجه
ان يباعها بدراهم الثمن دينارا حتي اذا استحق المشفوعة
يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير كما هو في الهداية
وحيلة اخري احسن واسهل ذكرها صاحب الدرر
وهو قوله لو شري بدراهم معلومة اما بالوزن او
الاشارة مع قبضة فلوس اشير اليها وجهل قدرها
وضيع الفلوس بعد القبض لان الثمن معلوم حال
العقد مجهول حال الشفعة فجهالة الثمن تمنع
الشفعة ولا تكره الحيلة في اسقاطها اي الشفعة عند
ابي يوسف لانه يحتال لدفع الضرر عن نفسه وهو
الاخذ بلا رضاه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه
مباح وان تضرر الغير في ضمنه وهو رواية عن الامام
وبه اي بقول ابي يوسف يفتي قبل وجوبها واما بعد
وجوبها فتكره بالاجماع وعند محمد تكره لانها
وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به
حرام وبه قال الشافعي وقيل لا تكره الحيلة لمنع وجوب
الشفعة بالاجماع وانما الخلاف في فصل الزكاة والحاصل
عندي ان لا تكره في الشفعة دون الزكاة كما في شرح
الكنز للعيني وفي التنوير ولا حيلة لاسقاط الحيلة لما
قال البزازي وطلبناها كثيرا فلم نجدها وللشفيع
اخذ

اخذ حصة بعض المشترين لا حصة بعض البايعين يعني
اشتري جماعة عقارا والبايع واحد يتعدد الاخذ
بالشفعة بتعددهم فللشفيع ان ياخذ نصيب بعضهم
ويترك الباقي وان تعدد البايع بان باع جماعة عقارا
مشتركا بينهم والمشتري واحد لا يتعدد الاخذ بالشفعة
بتعددهم حتي لا يكون للشفيع ان ياخذ بعضهم دون بعض
بل ياخذ الكل او يترك والفرق ان في الوجه الثاني
باخذ البعض تتفرق الصفقة علي المشتري فيتضرر به
زيادة الضرر بالاخذ منه وبعيب الشركة وفي الوجه
الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة
علي احد ولا فرق في هذا بين ان يكون قبل القبض
وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه
اخذ نصيب احدهم اذا نقد حصته من الثمن حتي
ينقد الجميع كيلا يؤدي الي تفريق اليد علي البايع
بمنزلة المشتري لا يوكل(?) احدهم بخلاف فيما بعد
القبض لانه سقطت يد البايع وسواء سمي لكل بعض
ثمنا او سمي للكل جملة لان العبرة في هذا لاتحاد
الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه والمعتبر في
التعدد والاتحاد العاقد دون المالك كما مر في
البيوع فليحفظ لم وللجار اخذ بعض مشاع بيع
فقسم وان وصلية وقع في غير جانبه يعني اشتري
رجل نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري
البايع اخذ الشفيع نصيب المشتري الذي حصل
له بالقسمة وليس للشفيع نقضها مطلقا سواء
كانت القسمة بحكم او بالتراضي اذ القسمة من تمام

القبض لما انه من تكميل الانتفاع بخلاف ما اذا باع
احد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم
المشتري الشريك الذي لم يبع حيث يكون
للشفيع نقضه لان العقد لم يقع من الذي قاسم
فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع
الاول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما (بنقضه الشفيع)
لو اشترى اثنان دارا وهما شفيعا ثم جاء
شفيع ثالث بعدما اقتسما بالقضا او بالتراضي
فللشفيع ان ينقض القسمة وفي الهداية ثم اطلاق
الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع ياخذ
بالنصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان
وهو المروي عن ابي يوسف فان المشتري لا يملك
ابطال حقه بالقسمة وعن الامام انه انما ياخذه
اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا
يبقى جارا فيما يبيع في الجانب الاخر وللعبد المأذون
المديون الشفعة في بيع سيده وبالعكس هذا
مستدرك لما سبق قبيل الفصل والاولى ان
يذكرها فيما سبق مقيدة بهذا القيد والنفي تدبر
وصح تسليم الاب والوصي شفعة الصغير عند
الشيخين خلافا لمحمد فيما بيع بقيمته او اقل (والوصي)
اي قال عنده لا يصح تسليمهما شفعة الصغير
والصبي على شفعته اذا بلغ لانه حق ثابت له
فلا يملكان ابطاله وبه قال زفر ولهما ان هذه
في معنى المبادلة وهما يملكانها الا ترى ان من اوجب
بيعا للصبي صح رده منهما وعلى هذا الخلاف

بطلان

بطلان الشفعة بسكوت الاب او الوصي عند العلم
بالشرا وقوله اي قول محمد رواية عن الامام في
الاقل الذي لا يتغابن فيه وفي الكافي اذا سلم
الاب شفعة الصغير والشرا باكثر من قيمته
بكثير فعن الامام ان التسليم يجوز لانه امتناع عن
ادخاله في ملكه لا ازالة عن ملكه فلم يكن تبرعا
وعن محمد انه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولا
رواية عن ابي يوسف وفي التبيين كلام فليطالع

كتاب القسمة

عقب بالقسمة مع اشتمال كل على المبادلة ترقيا
من الادنى الى الاعلى بجوازهما ووجوب القسمة في
الجملة هي اي القسمة لغة بالكسر واسم من الاقتسام
كما في المغرب او التقسيم كما في القاموس لكن الانسب
بما ياتي من لفظ القاسم ان يكون مصدره قسمة
بالفتح تجزئة كما في القهستاني وفي الشريعة جمع
نصيب شايع في مكان معين وسبب القسمة طلب
الشركا او بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص
حتى اذا لم يوجد منهم الطلب لا تصح القسمة وركنها
هو الفعل الذي يحصل بذلك الفعل الافراز والتمييز
بين الانصبا كالكيل والوزن والعدد والذرع وشرطها
عدم فوت المنفعة بالقسمة فان فاتت بها لا تقسم (والرق)
جبرا كالبئر والحمام لان الغرض منها توفير المنفعة (المطلوب)
فاذا ادت الى فواتها لم يجز وحكمها تعيين نصيب
كل من الشركا على حدة وهي مشروعة في الاعيان

المشتركة لان النبي عليه السلام باشرها في الغنائم
والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير وتشمل
اي القسمة مطلقا اي سواء كانت في المثليات او
القيميات على معنى الافراز وهو اخذ عين حقه
والمبادلة وهي اخذ عوض عن حقه والافراز هو
المعتبر اغلبه اي لاجح في المثليات كالمكيل والموزون
والمعدود المتقارب لعدم التفاوت بين ابعاضها
ثم فرع بقوله فياخذ الشريك حظه اي نصيبه منها
اي من المثليات حال غيبة صاحبه في ذوات
الامثال لكونه عين حقه ولو اشترياه الضمير المنصوب
راجع الى المثلي الدال عليه لفظ المثليات فاقتسماه
فلكل اي لكل واحد منهما ان يبيع حصته مرابحة
وتولية بحصة ثمنه ولو كانت مبادلة لما جاز هذا
وفي الاحتياز فلا تخلو عن معنى المبادلة ايضا
لان ما حصل له كان له بعضه وبعضه لشريكه الا انه
جعل وصول مثل حقه اليه كوصول عين حقه لعدم
التفاوت والمبادلة اي الاعطاء من الجانبين اغلب
في غيرها اي في المثليات من العقار وسائر
المتقومات للتفاوت بين ابعاضها فلا
ياخذه اي الشريك نصيبه حال غيبة صاحبه ولا
يمكن ان يجعل كانه اخذ عين حقه لعدم المعادلة
بينهما ولا يبيع حصته مرابحة بعد الشراء والقسمة
ولو كانت افرازا جاز ويجبر عليها اي على القسمة
فيه اي في غير المثلي بطلب الشريك في متحد الجنس
بحسب معنى الافراز في الجملة عند طلب احد
الشركا

الشركا من القاضي ان يقسمه بالانتفاع بنصيبه لا
في غيره اي لا يجبر على القسمة لتعذر المبادلة باعتبار
فحش التفاوت لان ما يوفيه ليس عين حقه
بل هو عوض حقه فيلزم من الرضا ولو توافقوا
عليها يجوز لان الحق لهم هذا اذا امكن الوصول
الى حقه اما اذا لم يمكن الوصول الى حقه بدون المبادلة
يجبر على المبادلة كما في قضاء الديون ويندب
للقاضي نصب رجل قاسم يكون رزقه من بيت المال
لان منفعته للعامة كالقضاة والمفتين والمقاتلة
فتكون كفايته من بيت المال لانه اعد لمصالحهم
كنفقته هو لا ليقسم بلا اجر لاخر منهم لكونه ارفق
للانام وابعد من التهمة فان لم يفعل اي ان لم ينصب
قاسما رزقه من بيت المال فان النصب غير واجب
حتى يجب النصب بل هو مندوب فيجوز ان ينصب
وان لا ينصب فان لم ينصب ينصب قاسما يقسم بين
الناس باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على
الخصوص وليست بقضاء حقيقة حتى يكون للقاضي ان ياخذ
الاجر على القسمة وان كان لا يجوز له على القضاء يقدره
اي اجر المثل له اي للقاسم القاضي لئلا يطمع في اموالهم
ويتحكم بالزيادة ثم ان الاجر هو اجر المثل وليس قدر
معين وقيل يقدر الاجر بربع العشر كالزكاة لانه عامل
للعامة كالعامل في الزكاة في شروح الوقاية لابن
الشيخ وهو اي اجر المثل على عدد الرؤوس اي رؤوس
المتقاسمين عند الامام لان تمييز الاقل من الاكثر كتمييز
الاكثر من الاقل في المشقة وعندهما على قدر السهام

لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره وبه قال الشافعي واحمد
واصبغ المالكي واجرة الكيل والوزن على قدر السهام اجماعا
ان لم يكن اي ما ذكر من الكيل والوزن للقسمة لانه لا اجرة
مقابل بهما من الكيل والوزن لا بالتمييز وان كان اي للقسمة
ففي الخلاف فحيث يجب الاجرة على عدد الرؤس عنده
وعندهما على قدر السهام ويجب كونه اي القاسم عدلا امينا
عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ويعتمد على قوله
فتشترط العدالة والامانة والعلم بها وانما ذكر الامانة بعد
العدالة وهي منها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة
كما في المنح وغيره ولنهي تام لان ظهور العدالة يستلزم
ظهورها كما لا يخفى تامل كما قال يعقوب باشا ولا يجبر
الناس على قاسم واحد اي ولا يعين القاضي قاسما واحدا
للقسمة لانه يتحكم في الزيادة على اجر مثله ولا يترك القسام
جمع قاسم ليشتركوا اي يمنعهم القاضي من الاشتراك كيلا
تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر
كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك وصح
الاقتسام بانفسهم بالتراضي بلا امر القاضي لولايتهم على
انفسهم واموالهم وتقسم على الصبي وليه او وصيه كالبيع
وساير التصرفات فان لم يكن اي وان لم يوجد احدهما فلا
بد من امر القاضي اي نصب القاضي له من يقسم قوله ويقسم
الى هنا كلام صاحب الاختيار لكن في غاية المعتبرات وصحت
برضا الشركاء الا عند صغر احدهم ولا نايب عنه وكذا الحكم
عند جنون احدهم ولا يقسم عقار بين الورثة باقرارهم
اي لو ادعى الشركاء ارث العقار عندهم في يدهم عند القاضي لا
يقسم بينهم باعترافهم ما لم يبرهنوا على الموت وعدد الورثة
عند

عند الامام لان الشركة مبقاة على ملك الميت والقسمة قضاء
على الميت والاقرار قاصرة لا يتعدى الى غير المقر فلا بد من
البينة فتكون حجة على الميت مع ان العقار محصن بنفسه
فلا حاجة الى القسمة بخلاف المنقول لانه غير محفوظ بنفسه
وعندهما يقسم باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة ذلك يعني
انه قسمه بينهم بقولهم ليقتصر الحكم بالقسمة عليهم ولا يتعدى
الى شريك لهم اخر وبه قال الشافعي واحمد في قول وغير
العقار يقسم اجماعا لان في قسمته نظرا للاحتياج الى
الحفظ كما مر وكذا العقار المشترى يقسم اتفاقا لان من
في يده شيء فالظاهر انه له وفي رواية لا يقسم حتى يقيموا
البينة على الملك لجواز ان يكون في ايديهم والملك لغيرهم
والاول اصح والمذكور مطلق ملكه اي يقسم اتفاقا فيما اذا
ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم بقوله من غير
اقامة البينة وذلك لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم
لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليهم فيجوز وان
برهنا اي اقاما رجلان بينة ان العقار في ايديهما وطلبا
القسمة لم يقسم حتى برهنا اي حتى يقيما البينة انه اي العقار
ملكهما لاحتمال ان يكون لغيرهما قال العيني وغيره
في شرح الكنز وهذه المسئلة بعينها هي المسئلة السابقة
وهي قوله والمذكور مطلق ملكه لان المراد فيها ان يدعوا
الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيه اقامة
البينة على انه ملكهم وهو رواية القدوري وشرطها هنا
وهو رواية الجامع الصغير فان كان قصد الشيخ تعيين
الروايتين وليس فيه ما يدل على ذلك والا تقع المسئلة
مكررة بحاشي مثل هذا المختصر انتهى ولو برهنوا على الموت

وعدد الورثة والعقار في ايديهم ومعهم وارث غايب او صبي
قسم العقار بينهم بطلب الحاضرين هكذا وقع في الوقاية
والهداية وفي العناية قيل هذا سهو والصحيح في
ايديهما لانه لو كان في ايديهم لكان للبعض في يد الطفل
او الغايب وسياتي ان كان لا يقسم واجيب عنه بانه
اطلق الجمع واراد المثنى بقرينة قوله وارثان واقاما
لكنه ملبس لنفي هذه القرينة وقعت في عبارة الهداية
لا في عبارة المتن لانه قال وبرهنوا بصيغة الجمع فلا يمكن
الجواب عنه تدبر ونصب وكيل للغايب او وصي للصبي
لقبض الوكيل حصة الغايب او لقبض الوصي حصة الصبي
لان في هذا نظرا للغايب والوصي ولا بد من اقامة البينة
عند الامام وعندهما يقسم بقولهم كما مر ولو كان العقار
في يد الغايب او شيء منه اي من العقار في يد الغايب
او كان في يد مودعه او كان في يد الصغير لا يقسم لانه
في هذه القسمة قضا على الغايب او الطفل باخراج شيء
في يده من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم
عنه فيما يستحق عليه سوا اقيمت البينة هنا او لا وكذا
لا يقسم لو حضر وارث واحد وبرهن على الموت والعدد
والباقي غايب بعين للنظر او وصي لان الواحد لا يكون
مخاصما ومخاصما فلا بد من اثنين او كانوا مشترين
فغاب احدهم اي لا يقسم لان الملك الثابت لكل جديد
بسبب باشره فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغايب بخلاف
الارث لان الثابت فيه ملك خلافة فانتصب احدهما
خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت
القسمة قضا بحضرة المتخاصمين وصح القضا لقيام

البينة

البينة على خصم حاضر وفي الشرا قامت على خصم غايب
فلا تقبل ولا يقضى واذا انتفع كل واحد من الشركا
بنصيبه بعد القسمة قسم بطلب احدهم لان في القسمة
تكميل المنفعة وكانت حقا لازما فيما يحتمله وان تضرر
الكل بالقسمة كالحمام ونحوه لا يقسم الا برضاهم لان
القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويته فيعود على
موضعه بالنقض فان انتفع البعض لكثرة نصيبه
دون البعض بل تضرر لقلة حظه قسم بطلب ذي النفع
لانه طالب تكميل منفعة ملكه لا بطلب الاخر وهو الاصح
هذا في قول الخصاف والامام السرخسي لانه لا فايدة له
فهو متعنت في طلب القسمة حيث يشتغل بما لا ينفعه
وفي الدرر نقلا عن الذخيرة وعليه الفتوى وذكر
الجصاص عكسه لان صاحب الكثير يطلب ضرر صاحبه
وصاحب القليل يرضى بضرره وذكر الحاكم ان ايهما
طلب القسمة قسم القاضي كما في الخانية وهو اختيار
الشيخ الامام المعروف بخواهرزاده وعليه الفتوى وفي
المنح ينبغي ان يعول على ما جزم به عامة اصحاب المتون
والشروح لانها هي الموضوعة لنقل المذهب فلا
يعارضه ما في الفتاوى وما يعولون عليه اذ الرتبة دونها
كتب الاصول وهي الموضوعة لنقل المذهب واما مع
معارضتها لها لا يلتفت اليه كما في انفع الوسايل
وتقسم العروض من جنس واحد اي يقسم القاضي عروضا
اذا اتحد جنسها بطلب بعض الشركا جبرا لوجود المعادلة
بالمالية والمنفعة ولا يقسم الجنسين باعطا بعضهما
في بعض لعدم الاختلاط بينهما فلا تكون القسمة

تمييزا بل معاوضة ولا بد فيها عن التراضي وهذا بالاجماع
ولا يقسم القاضي الجواهر مطلقا لان جهالتها متفاحشة
لتفاوتها قيمة وقيل لا يقسم الكبار ويقسم الصغار لقلة
التفاوت وقيل لا يقسم الجواهر ان كانت مختلفة الجنس
كاللآلي واليواقيت ولا يقسم الحمام ولا البير ولا الرحي ولا
الثوب الواحد ولا الحائط بين دارين الا برضاهم
استثناء من قوله ولا يقسم الجنسين الي هنا اي الا برضا
الشركا لما فيه من الحاق الضرر بهم وكذا لا يقسم الرقيق
الا برضاهم عند الامام خلافا لهما فان عندهما يجوز لانها
جنس فصار كالابل والخيل والغنم وبه قالت الائمة
الثلاثة وله ان قسمة الرقيق لمعانيه الباطنة متعذر
ولا وقوف عليه ولا يمكن التعديل فلا يقسم الا بتراض
بخلاف الحيوانات اذا كانت من جنس واحد وبخلاف
المغنم لان حق الغانمين يتعلق بالمالية لا بالعين
وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس
معهم شي اخر من العروض وهم ذكور فقط واما اذا كانوا
مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع
وان كان مع الرقيق شي اخر مما يقاسم جازت القسمة
في الرقيق تبعا لغيرها بالاجماع والدور المشتركة بين
الاثنين او اكثر كلها في مصر واحد يقسم كل واحدة على
حدته الا بتراضي الشركا عند الامام وهو الصحيح وهذا
قسمة فرد لا قسمة جمع لان الدور اجناس مختلفة بوجوه
السكنى وان كانت جنسا واحدا نظرا الي اصل السكنى
فيوجد فحش التفاوت باعتبار المقاصد باختلاف
المحال والجيران والقرب الي المسجد والما والسوق وقالا
ان كان

ان كان الاصلح قسمتها بعضها في بعض جاز ان يقسم على هذا
الوجه لانها جنس واحد اسما وصورة ونظرا الي اصل
السكنى واجناس نظرا الي اختلاف الاغراض وتفاوت
منفعة السكنى فكان امرها مفوضا الي راي القاضي
ان شا قسم وان شا لم يقسم وعلى هذا الخلاف الاقرحة
المتفرقة او الكروم المشتركة وفي مصرين يقسم كل على
حدته بالاتفاق فيما رواه هلال وعن محمد لو كانت
احديهما بالرقة والاخرى بالبصرة قسمت احديهما في
الاخرى كما في الاختيار وكذا لا يقسم احدهما في الاخرى
دار وضيعة او دار وحانوت في مصر بل يقسم على الانفراد
بالاتفاق لاختلاف الجنس قال صاحب الهداية جعل
الدار والحانوت هنا جنسين وذكر في اجارات الاصل
ان اجارة منافع الدار بمنافع الحانوت لا يجوز لاتحاد
الربا وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة
روايتان او تبتنى حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة
باعتبار اتحاد منفعتهما وهي السكنى وفي الكافي هذا
مشكل لانه يودي الي اعتبار شبهة الشبهة والمعتبر هو
الشبهة لا النازل عنها وقال الامام الحلواني اما ان
يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات
هذا الكتاب وفي العناية وحاشية للمولى سعدي جواب
فليطالع والبيوت في محلة واحدة او في محلات يجوز
قسمة بعضها في بعض لان التفاوت في البيوت يسير
والمنازل المتلاصقة بعضها مع بعض كالبيوت اي
يجوز قسمة بعضها في بعض والمنازل المتباينة بعضها
عن بعض كالدور اي لا يجوز قسمة بعضها في بعض

بل يقسم كل منزل على حدة سوا كان في دار او محال لانها
تتفاوت في السكنى لكن دون الدور وفوق البيت
فاخذ شبها من كل واحد فان تلازقت فقسمة فرد والا
فقسمة جمع وفي الاختيار واذا اقتسمت الدار تقسم العرصة
بالذراع والبنا بالقيمة ويجوز ان يفضل بعضهم على
بعض تحقيقا للمعادلة في الصورة والمعنى او في
المعنى عند تعذر الصورة

فصل في كيفية

القسمة وينبغي للقاسم ان يصور على قرطاس او نحوه
ما يقسمه ليمكنه حفظه واصابته ويعدله اي يسوي
ما قسمه على سهام القسمة ويذرعه اي يذرع ما قسمه
ليعرف قدره بان يصور الذرعان على ذلك القرطاس
بقلم الحدود فيكون كل زراع في ذراع بشكل البينة
ويقوم بناه اذ التقويم محتاج اليه بالاخرة ويفرز
كل نصيب بطريقه وشربه لان القسمة لتكميل المنفعة
وبه يكمل ولارتفاع النزاع هذا انما هو الافضل ان
امكن ولذا يجوز تركه ويلقب الانصبا جمع نصيب
بالاول والثاني والثالث والرابع والخامس وهلم جرا
ويكتب اسماهم اي اسامي الشركا ويجعلها بطاقات
ويطوي كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها
في طين ثم يجففها ثم يدلكها ثم يجعلها في وعا او في كمه
ثم يخرج واحدا بعد واحد ويقرع لتطييب القلوب فالاول
لمن خرج اسمه اولا والثاني لمن خرج ثانيا والثالث
لمن خرج ثالثا الى ان ينتهي الى الاخر قال ابن الشيخ
في شرح الوقاية ويكتب اسماهم على القرعة او غيرها
ويبدا القسمة من اي طرف كان فان جعل الطرف الشرقي

اولا

اولا يجعل ما يليه ثانيا ثم ما يليه ثالثا فيخرج القرعة
المكتوبة المكتومة فيعطي السهم الاول لمن خرج اسمه
اولا والثاني لمن خرج اسمه ثانيا والثالث ثالثا بلا حاجة
الى اخراج قرعة اذ بقي له سهم واحد بلا منازع هذا في
السهام المتساوية ظاهر واما ان كانت متفاوتة
بان كان لاحدهم مثلا نصف وللثاني سدس وللثالث
ثلث فيجعل السهام ستة فان خرج في القرعة الاولى
اسم من له الثلث اتفاقا فله السهمان احدهما هو الملقب
بالاول في طرف شرقي والاخر ما يليه تتميما لحقه
ثم ان خرج في الدفعة اسم من له النصف فله ثلاثة
اسهم على اتصال فيبقى سهم واحد لمن له السدس بلا
حاجة الى اخراج قرعة والقرعة هنا لازالة تهمة الميل
عن القسام او القاضي في اعطا كل السهام لا في اصل
الاقتسام فتهمة القاصد تسقط عن الاعتبار ولا يدخل
الدراهم في القسمة الا برضاهم دار بين جماعة فارادوا
قسمتها وفي احد الجانبين فضل بنا فاراد احد الشركا
ان يكون عوض البنا دراهم واراد الاخر ان يكون
عوضه من الارض فانه يجعل عوض البنا من الارض
ولا يكلف الذي وقع البنا في نصيبه ان يرد بازا البنا
من الدراهم الا اذا تعذر فحينئذ للقاضي ذلك لان
القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم في الدار
لا في الدراهم فلا تجوز قسمة ما ليس بمشترك كما في الدرر
وعن ابي يوسف تقسم كلها باعتبار القيمة اذا كان
ارض وبنا لتعذر التعديل الا بالقيمة وعن الامام انه
يقسم الارض بالمساحة على الاصل في الممسوحات فمن كان

نصيبه اجود او وقع له البنا يرد على الاخر دراهم حتى
يتساويا فيه فضل الدراهم في القسمة ضرورة لولاية
الاخ وعن محمد انه يرد على شريكه من الارض في مقابلة
البنا فاذا بقي فضل ولا يمكن التسوية بان لا تفي الارض
بقيمة البنا فح يرد في مقابلة الفضل دراهم لان الضر
الضرورة في هذا القدر وفي الاختيار وقول محمد اصح
واوفق بالاصول فان وقع مسيل ماء وطريق المرور
لاحدهم في نصيب اخر والحال انه لم يشترط ذكره في القسمة
صرف المسيل والطريق عنه اي عن الاخر ان امكن صرفه
تحقيقا لمعنى القسمة وهو قطع الاشتراك والا اي وان لم
يمكن صرفه عنه فسخت القسمة بالاجماع لاختلالها
وتستانف لان المقصود تكميل المنفعة ولا يكون
ذلك الا بالطريق والمسيل ويقسم القاضي سهمين من
العلو بسهم من السفل عند الامام وعند ابي يوسف
يقسم سهما بسهم وعند محمد يقسم بالقيمة مثلا اذا كان
علو مشترك بين رجلين وسفله لرجل وسفل مشترك
بينهما وعلوه لاخر وطلبا القسمة او احدهما قال الامام
يحسب ذراع من السفل بذراعين من العلو لان
السفل يبقى بعد فوات العلو والعلو لا يبقى بعد فنا
السفل وقال ابو يوسف ذراع من السفل بذراع من
العلو لان الاصل هو السكنى وقد استويا فيه وقال
محمد يقوم كل على حدة ويقسم بالقيمة لان منفعة العلو
والسفل متفاوتة بحسب الاوقات ففي الصيف يختار
العلو وفي الشتا السفل متفاوتة بحسب الاوقات
فلا يمكن التعديل الا بالقيمة قيل هذا اختلاف عصر

وزمان

وزمان اجاب كل واحد بما شاهده في زمانه وفي شرح
الطحاوي الاختلاف في الساحة واما البنا فيقسم بالقيمة
اتفاقا وعليه اي على قول محمد الفتوى كما في الكنز
المعتبرات فان اقر واحد اي بالواو احد للمتقاسمين بالاستيفا
اي باخذ تمام حصته من المقسوم ثم ادعى ان بعض نصيب
منه وقع في يد صاحبه غلطا بعد ما شهد على نفسه
بالاستيفا لا تصدق في قوله الا بحجة منه لان هذه الدعوى
تخالف اقراره السابق بالاستيفا فلا تسمع دعواه الا
بالبينة حتى قالوا مجرد دعوى الغلط على فسخ القسمة
ليكون وجها لاقامة البينة وقال صدر الشريعة وجه
رواية المتن انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفا
حقه ثم لما تامل حق التامل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ
بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وهذا على رواية
الهداية في ثبوت هذه الدعوى بالبينة حيث قال ان
لم يقم عليه بينة استحلف الشركا انتهى وقال ابن الشيخ
في شرح الوقاية وهذا لا يمنع ثبوت هذه الدعوى
بالنكول او بالاقرار ايضا اذ لا نزاع فيه بل يمنع قول
من نازع فيه بل يمنع قول من نازع وقيل المراد بالحجة
اقرار الخصم او نكوله لا غير لكون الدعوى على النفي فقط
وقال صاحب الاصلاح الا بحجة من بينة للمدعي
واقرار الخصم ونكوله على التعميم وتقبل شهادة القاسمة
بفتح الميم عند اختلاف المتقاسمين فيها اي في القسمة
عند البعض لانهما شاهدا على فعل غيرهما باستيفا
حقه خلافا لمحمد فان عنده لا تقبل وهو قول ابي
يوسف اولا وبه قالت الائمة الثلاثة لانهما شاهدا

على فعل نفسها فاورثت التهمة وهذا اذا قسما مجانا ولو باجرة
فهما نفعا قال الطحاوي اذا اقتسما باجر لا تقبل الشهادة
اجماعا وقيل الخلاف في الكل وهو الاصح فلهذا اطلق في
الكتاب كما في شرح الكنز للعيني وان قال احد المتقاسمين
بعد ما اقر بالاستيفا قبضته اي حقي ثم اخذ صاحبي
بعضه مني بعد ما قبضته وانكر شريكه ذلك حلف خصمه
لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر فالقول قول المنكر
وفي التسهيل ولا فرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة
الاولى في ان الخصم يحلف فيهما اذا لم تكن له بينة الا انه
في الاولى ينبغي ان تقبل دعواه كما مر بخلاف الثانية
وان قال قبل ان يقر بالاستيفا اصابني من ذلك كذا
الى كذا ولم يسلم ما اصابني من حقي الي وكذبه الاخر
تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما
حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع
وفي الفرايد نقلا عن التسهيل هذه المسئلة بعينها
واجاب هنا انه تقبل دعواه فكيف ينبغي ان لا تقبل
للتناقض فظهر ان في المسئلتين روايتين ولو ادعى
احد المتقاسمين غبنا في القسمة لا يعتبر كالبيع اي كما لا
اعتبار بدعوى الغبن في البيع لوجود التراضي الا
اذا كانت القسمة بقضا القاضي والغبن فاحش فتفسخ
القسمة ح وقال صاحب المنح ولو ظهر غبن فاحش
في القسمة فان كانت بقضا القاضي بطلت عند الكل
لان تصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد ولو وقعت
القسمة بالتراضي تبطل ايضا في الاصح وقيل لا يلتفت
الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به

في البيع

كراس ٤١

٤٠١

401

في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي وقيل تفسخ هو
الاصح ذكره الكافي وتمامه فيه فليطالع ولو استحق
بعض معين من نصيب البعض لا يفسخ القسمة اتفاقا
على الصحيح ويرجع البعض بقسطه في حظ شريكه
كما اذا كانت الدار بينهما نصفين فقسمت فاستحق
من يد احدهما بيت هو خمسماية ذراع رجع بنصف ما
خمسة اذرع
استحق في نصيب صاحبه وكذا لا تفسخ في الشايع
عند الامام وعند ابي يوسف تفسخ القسمة لعدم تحقق
الافراز لاستحقاق النصيب الشايع وبه قال الشافعي
واحمد وهو قول محمد في رواية ابي سليمان وروى
ابو حفص انه مع الامام وهو الاصح كما في الكافي وغيره
وفي بعض مشايخ في الكل تفسخ اجماعا لانه لو ثبت
القسمة لتضرر المستحق بتفرق نصيبه ولو ظهر بعد
القسمة دين على الميت محيط بماله نقضت القسمة
لانه يمنع وقوع الملك للمالك وكذا تنقض القسمة لو
ظهر دين لكنه غير محيط بماله لتعلق حق الغرماء
بالتركة الا اذا بقي بلا قسمة ما يفي به اي بالدين
فح لا تفسخ لعدم الحاجة الى نقض القسمة في ايفا حقهم
ولو ابرا الغرما بعد القسمة ذمم الورثة من دينهم
او اداه اي الدين الورثة من مالهم لا تنقض القسمة
مطلقا اي سوا كان الدين محيطا او غير محيط لزوال
المانع وفي الهداية لو ادعى احد المتقاسمين دينا في
التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق
بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي
سبب كان لم تسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة

41

اعتبارا فيه بكون المقسوم مشتركا فصل في
المهاياة ويجوز المهاياة عند تعذر الاجتماع على الانتفاع
وهي لغة مفاعلة من التهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ
والتهايي تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا
به وحقيقته ان كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها
وقيل مفاعلة من الهنيء فكانه يهيئ الانتفاع به عند
فراغ صاحبه والفرق بين القسمة والتهايي ان الاول
يجمع المنافع في زمان واحد والثاني يجمع على
التعاقب ويجري فيه جبر القاضي كما في القسمة فيما
يحتملها وشرعا قسمة المنافع والقياس ان لا يجوز لانها
مبادلة المنفعة بجنسها لكنها جازت استحسانا بالاجماع
ويجبر عليها اي على المهاياة اذا طلبها بعض الشركا في دار
واحدة متعلق بقوله ويجوز ويجبر على سبيل التنازع
بان يسكن هذا الشريك بعضا اي بعض الدار وهذا
الشريك بعضا آخر من الدار وهذا يسكن في علوها
وهذا في سفلها لان القسمة على هذا الوجه جائزة
فكذا المهاياة والتهايي في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء
لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولكل واحد
ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد
او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه كما في الهداية
ويجوز المهاياة في بيت صغير يسكنه هذا شهرا وهذا
شهرا وله اي لكل واحد منهما الاجارة اي اجارة ما
اصابه بها واخذ الغلة في نوبته متعلق بالاجارة
لانها قسمة المنافع وقد ملكها فله استغلالها ويجوز
المهاياة في عبد واحد يخدمه العبد هذا يوما وهذا
يوما

يوما لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من
حيث المكان والاول متعين هاهنا ولو اختلفا في
التهايي من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما
القاضي ان يتفقا لان التهايي في المكان اعدل
وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق
فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا
للتهمة وتجوز المهاياة في عبدين يخدم احدهما اي احد
العبدين احدهما اي احد الشريكين ويخدم العبد
الآخر الشريك الآخر لا اشكال على اصلهما لان عندهما تجوز
قسمة الرقيق جبرا واختيارا فكذا منفعتهم واما عند
الامام والقياس على عدم جواز القسمة يمنع الجواز لكن
الصحيح الجواز لقلة التفاوت في الخدمة بخلاف اعيان
الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بينا ولو
اتفقا على ان نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا
بخلاف الكسوة لان العادة جرت بالمسامحة في
الطعام دون الكسوة ولقلة التفاوت في الطعام
وكثرته في الكسوة فان وقت شيئا من الكسوة معروفا
جاز استحسانا لانه عند ذكر الوصف يندفع التفاوت
او يقل ويجوز في دارين يسكن هذا الشريك هذه
الدار ويسكن هذا الشريك الآخر الدار الاخرى ويجبره
القاضي عليه اذا طلبه احد الشريكين وهذا ظاهر
لان الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجري الجبر في
قسمتها واما عنده فلان المنافع فيها لا تتفاوت
فيجوز فيهما ويعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة بخلاف
القسمة وقد قيل لا يجبر اعتبارا بالقسمة وعنه انه لا يجوز

لا يجوز التهايؤ في غلته اصلا بالجبر ولا بالتراضي لا يجوز ذلك
اي التهايؤ في دابة يركبها هذا يوما وهذا يوما
او الدابتين يركب هذا هذه وهذا الاخرى لا
بتراضيهما عند الامام لان الاستعمال يتفاوت
بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق بخلاف
العبد والعبدين لانه يخدم باختياره فلا يتحمل الزيادة
على طاقته والدابة تتحملها خلافا لهما اي عندهما
يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان ويجوز التهايؤ في استغلال
دار يستغلها هذا شهرا وياخذ غلتها وهذا شهرا ويأخذ
غلتها او دارين هذا هذه يعني هذا الشريك يستغل
هذه الدار ويأخذ غلتها وهذا الشريك الاخر يستغل
الدار الاخرى ويأخذ غلتها في ظاهر الرواية لان الظاهر
عدم التغير لا في استغلال عبد او دابة اي لا يجوز
التهايؤ في استغلالهما لان النصيبين يتعاقبان
في الاستيفاء فالظاهر التغير في الحيوان فتفوت
المعادلة ولما زاد في نوبة احدهما في الدار الواحدة
من الغلة على الغلة في نوبة الاخر مشترك لتحقق
التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع
فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل
فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا يضره
زيادة الاستغلال من بعد لا في الدارين وفي
الهداية والتهايؤ على الاستغلال في الدارين ظاهر
ايضا في ظاهر الرواية ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان
بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى
التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي

الدار

الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل
واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه
حصته من الفضل والتهايؤ في استغلال عبدين هذا
هذا اي يستغل هذا الشريك هذا العبد ويأخذ غلته
وهذا الاخر اي يستغل الشريك الاخر العبد الاخر
ويأخذ غلته لا يجوز عند الامام لان التفاوت في
اعيان الرقيق اكثر من التفاوت من حيث الزمان في
العبد الواحد فالاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ في
الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان
قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة
والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقايسان كما في البدائع
خلافا لهما اي عندهما يجوز اعتبارا بالتهايؤ في المنافع
وعلى هذا الخلاف في الدابتين حيث منع الامام المهايأة
في غلتين مثلا وجوزها صاحباه كما ذكر ولا يجوز التهايؤ
المهايأة في ثمر شجر او لبن غنم او اولادها لانها اعيان باقية
ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة الى التهايؤ بخلاف
لبن ابن ادم حيث يجوز المهايأة فيه حتى لو كانت جاريتان
مشتركة بين اثنين فتهايئا ان ترضع احديهما ولد
احدهما والاخرى ولد الاخر لان لبن ادم لا قيمة لها
فجرى مجرى المنافع والحيلة في الثمار ونحوه ان يشتري
نصيب شريكه ثم يبيع كله بعد مضي نوبته او ينتفع
باللبن المقدر بطريق القرض في نصيب صاحبه اذ قرض
المشاع جائز كما في التبيين وتجوز المهايأة في عبد
ودار على السكنى والخدمة لان المقصود منهما يجوز
عند اتحاد الجنس فعند الاختلاف اولى وكذا تجوز المهايأة

في كل يختلف المنفعة كسكنى الدار وزرع الارض وكذا الحمام
والدار لان كل واحد من المنفعتين يجوز استحقاقها
بالمهاياة ولا تبطل المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو
انتقض لاستانفه الحاكم فلا فائدة في النقض ثم الاستيناف
ولو طلب احدهما القسمة والاخر المهاياة بطلت المهاياة
بجعل القسمة لان القسمة اقوى في استكمال المنفعة

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في
عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة
بعدها وهي مفاعلة من الزرع وهو الالقاء
للحب ونحوه في الارض وفي الشرع هي اي المزارعة عقد على
الزرع ببعض الخارج وتسمى المخابرة والمحاقلة وتسميها
اهل العراق القراح وهي اي المزارعة فاسدة عند
الامام لان النبي عليه السلام نهى عن المخابرة بالثلث
والربع والمخابرة هي المزارعة على لغة اهل المدينة
والتخصيص بالثلث والربع والمخابرة للعادة في هذا
الزمان بها اذ الفساد ثابت في غيرهما ايضا ولذا قيل
في التعريف ببعض الخارج ولانها في معنى قفيز الطحان
ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة
النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق
المن والصلح وهو جائز وعندهما جائزة لانه عليه السلام
عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر وزرع ولان
الحاجة ماسة اليها لان صاحب الارض قد لا يقدر على
العمل بنفسه ولا يجد ما يستاجر به والقادر على العمل
لا يجد ارضا ولا ما يعمل به فدعت الحاجة الى جوازها
دفعا للحاجة كالمضاربة وبه اي بقولهما يفتى لتعامل
الناس

الناس وبمثله يترك خبر الواحد والقياس قال الامام الحصيري
وابو حنيفة هو الذي فرع هذه المسائل على اصوله
اي على من جوز المزارعة كما في الخلاصة وفي المبسوط ثم
التفريع بعد هذا على قول من يجوز المزارعة وعلى حصول
ابي حنيفة انه لو كان يرى جوازها لعلمه ان الناس لا
يأخذون فيها بقوله لحاجتهم اليها وتعاملهم بها ويشترط
فيها اي في المزارعة عند من يجوز صلاحية الارض
للزرع لان المقصود وهو الريع لا يحصل بدون كونها
صالحة للزراعة وتشترط اهلية العاقدين لانه لم يصح
عقد بدون الاهلية وتشترط تعيين المدة لتصير
المنافع معلومة كسنة او اكثر فان ذكر وقتا لا يتمكن فيه
من الزراعة فهي فاسدة وكذا ذكر مدة لا يعيش احدهما
الى مثلها غالبا ويجوزه بعض وعن محمد بن سلمة انها
بلا ذكر المدة جائزة وتقع على سنة واحدة وبه اخذ
الفقيه ويشترط تعيين رب البذر قطعا للمنازعة
ويشترط تعيين جنسه اي جنس البذر ليصير الاجر معلوما
اذ الاجر بعض الخارج ويشترط تعيين نصيب الاخر
اي بيان نصيب من لا بذر من جهته لانه اجر عمله
او ارضه فلا بد ان يكون معلوما ويشترط التخلية
بين الارض والعامل لانه لا بد له ليتمكن من العمل فصار
نظير المضاربة لا تصح حتى يسلم المال اليه حتى اذا شرط
في العقد ما يفوت به التخلية وهو عمل رب الارض
مع العامل لا يصح ويشترط الشركة في الخارج بعد حصوله
ليتحقق المعنى المقصود من المزارعة وهو الشركة
لانها تنعقد اجارة في الابتداء وشركة في الانتهاء

ثم فرع على هذا الشرط بقوله فتفسد اي المزارعة ان شرط
لاحدهما اي لاحد العاقدين قفزان جمع قفيز معينة لاحتمال
انقطاع الشركة عند اخراج الارض مقدارا مذكورا او
اقل منه اذ لا يوجد على ما عقد عليه وهو الاشتراك فيما
يخرج على الشيوع او شرط لاحدهما ما يخرج من موضع
معين وكون الباقي بينهما لانقطاع الشركة بان لا يحصل
حبة الا من موضع مذكور كالماذيانات جمع ماذيان وهو
معرب وهو اصغر من النهر واعظم من جدول والسواقي
جمع ساقية وهي فوق الجدول ودون النهر كما في المغرب
فيكون الماذيانات والسواقي من الالفاظ المترادفة
وانما تفسد المزارعة لاحتمال ان لا يخرج الا منها فيؤدي
الى قطع الشركة او شرط ان يرفع قدر البذر لصاحب
البذر وكون الباقي بينهما او شرط ان يرفع قدر
الخراج وتقسيم ما يبقى من قدر البذر او قدر الخراج بينهما
لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في
الجميع لاحتمال ان لا يخرج الا قدر البذر او الخراج
والمراد من الخراج الخراج الموظف بان كان الموضوع
على الارض دراهم مسماة واما اذا كان الخراج
خراج مقاسمة بان كان الموضوع عليها نصف الخارج
او ثلثه او نحو ذلك من الجزء الشائع وان اشترط
رفعه لا تفسد المزارعة لانه لا يؤدي الى قطع الشركة
او شرط ان يكون التبن لاحدهما والحب للآخر
لانه يحتمل ان تصيبه آفة لا يحصل بها الحب سوى
التبن فيؤدي الى انقطاع الشركة في المقصود
وهو الحب او يكون الحب بينهما والتبن لغير رب
البذر

البذر لانه خلاف مقتضى العقد او يكون التبن بينهما
والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما
هو المقصود وهو الحب وان شرط كون الحب بينهما
والتبن لرب البذر او شرط رفع العشر عشر الخارج
والارض عشرية والباقي بينهما صحت المزارعة اما
الاولى فتجوز الشركة لوجودها في المقصود وكون
التبن لصاحب البذر على ما يقتضيه حكم العقد لانه
نماء البذر واما الثانية فلان العشر مشاع فلا يؤدي
الى قطع الشركة وكذلك اذا شرط صاحب البذر عشر
الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما وان شرط كون
الحب بينهما ولم يتعرض للتبن لحصول الشركة فيما هو
المرام فيهما اي التبن بينهما وهذا قول مشايخ بلخ
اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه العاقدان ولانه تبع
للحب والتبع يقوم بشرط الاصل وقيل يكون التبن
لرب البذر لانه نماء ملكه قال ابن الشيخ في شرح الوقاية
وفي ديارنا لصاحب البقر لكونه علفا له واجر الحصاد
والرفاع والدياس والتذرية عليهما اي على العامل
ورب الارض بالحصص لان الغرم بالغنم فان شرط
اجر على العامل فسدت المزارعة لانه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحدهما فتفسد وعند ابي
يوسف انه اي الشرط على العامل يصح للتعامل بين
الناس اعتبارا بالاستصناع وهو الاصح وعليه الفتوى
وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي
هذا هو الاصح في ديارنا وشرطه اي الاجر على رب
الارض مفسد اتفاقا لعدم التعامل بذلك وما كان

قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على المزارع وان
وصلية لم يشترط لان ذلك موجب عقد المزارعة
لانه عمل يزاد به الريع ولا ينتقص وفي الهداية
فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي
والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك
قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد
والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد
القسمة فهو عليهما قال في العناية لكن فيما هو قبل
القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد
منهما في نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن
ملك الاخر فاذا كان البذر والارض لاحدهما والعمل
والبقر للاخر او كانت الارض لاحدهما والبقية من
العمل والبذر والبقر للاخر او كان العمل لاحدهما
والبقية من الارض والبذر والبقر للاخر صحت
المزارعة في الكل اما الاولى فلان الاستئجار يقع
على العمل هنا والبقر آلة العامل كما يقع الاستئجار
في الخياطة على الخياط ويجعل ابرته آلة لها واما
الثانية فلان صاحب البذر استاجر الارض
بجزء معلوم من الخارج فاستأجرها بدراهم
معلومة واما الثالثة فلان صاحب الارض استاجر
العامل ليعمل بآلة المستاجر فصار كما اذا استاجر
خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره
وان كانت الارض والبقر لاحدهما والبذر والعمل
للاخر بطلت المزارعة لان رب البذر يصير
مستاجرا بالبذر وانه لا يجوز لكون الانتفاع
بالاستهلاك

بالاستهلاك او يصير مستاجرا للبقر مع الارض ببعض
الخارج وانه لا يجوز لعدم التعامل وهذا ظاهر
الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز لما فيه من العادة
والقياس يترك به وكذا تبطل لو كان البذر والبقر
لاحدهما والارض والعمل للاخر لان الشرع لم يرد به
او كان البذر لاحدهما والباقي وهو العمل والبقر والارض
للاخر وانما بطلت لان العامل اجير فلا يمكن ان يجعل
الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما وههنا صورة
اخرى لم يذكرها وهي ان يكون البقر من واحد
والباقي من اخر قالوا هي فاسدة لان ذلك استئجار
البقر باجر مجهول اذ لا تعامل في استئجار البقر ببعض
الخارج فلا يعلم ما هو اجرة بحسب التعامل وفي
التنوير دفع رجل ارضه الى اخر على ان يزرعها
بنفسه وبقره والبذر بينهما نصفان والخارج بينهما
كذلك فعملا على هذا فالمزارعة فاسدة ويكون
الخارج بينهما نصفين وليس للعامل على رب الارض
اجر ويجب عليه اجر نصف الارض لصاحبها وكذا لو
تفسد لو كان البذر ثلثاه من احدهما وثلثه من
الاخر والريع بينهما على قدر بذرهما واذا صحت المزارعة
فالخارج على الشرط اي فالخارج على ما شرط من
النصف او الثلث او نحو ذلك لصحة الالتزام وان لم يخرج
من الارض شيء فلا شيء للعامل لان استحقاقه بالشركة
في الخارج ولا شركة في الخارج ومن ابى اي امتنع
عن المضي على موجب عقد المزارعة بعد
العقد اجبر من طرف الحاكم لانها انعقدت اجارة

وهي عقد لازم الا لرب البذر فانه لا يجبر عند الاباء فانه
لا يمكنه المضي الا باتلاف ماله وهو القا البذر على
الارض ولا يدري هل يخرج ام لا فصار نظير ما لو
استاجره ليهدم داره ثم امتنع وان امتنع العامل
اجبر على العمل لانه لا يلحقه به ضرر كما في التبيين وان
فسدت المزارعة فالخارج لرب البذر لانه نما من
ملكه وللاخر اجر مثل عمله ان كان رب البذر صاحب
الارض او اجر مثل ارضه ان كان البذر من قبل العامل
ولا يزاد اجر المثل على ما شرط اي على المسمى عند الشيخين
لوجود الرضى كما في الاجارة الفاسدة خلافا لمحمد فان
عنده يجب بالغة ما بلغت لان التسمية عند الفساد
تكون لغوا وبه قالت الائمة الثلاثة وان فسدت
المزارعة بكون الارض والبقر فقط لاحدهما لزم اجر
مثلهما اي اجر مثل الارض والبقر لانه استوفى منفعة
الارض والبقر بحكم عقد فاسد فيلزم اجر مثلهما هو
الصحيح احترازا عما قيل يغرم له مثل اجر الارض مكروبة
واما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة فلا
بحال فلا ينعقد العقد عليه لا صحيحا ولا فاسدا
ووجوب اجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد
والمنافع لا تتقوم بدونه واذا فسدت المزارعة
بوجه من وجوه الفساد والبذر لرب الارض فالخارج
كله حلال له اي حل له قدر البذر والفضل لانه نما ملكه
وان فسدت والبذر للعامل لا يطيب له الخارج بل
يتصدق بما فضل عن قدر بذره وقدر اجرة الارض
لانه حصل من بذره لكن في ارض مملوكة للغير بعقد
فاسد

فاسد فاوجب خبثا فما كان عوض ماله طاب له وتصدق
بالفضل كما في الاختيار واذا ابى رب البذر عن
المضي وقد كرب العامل الارض اي قلبها للحرث فلا شيء
له اي للعامل في عمل الكراب حكما اي قضاء لان المنافع
انما تتقوم بالعقد وهو انما يتقوم بالخارج فاذا
انعدم الخارج لا يجب شيء ويسترضي اي الابي وعليه
ديانة على وجه يمكن اذ الغرور دون الكراب من جانب
الابي وتبطل المزارعة بموت احدهما اي احد العاقدين
وتفسخ بالاعذار كالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات
وتفسخ المزارعة ان لزم دين محوج الى بيع الارض بان
لم يقدر على قضائه الا ببيع الارض قبل نبات الزرع
لان ذلك عذر وهي تفسخ بالاعذار لا بعده اي لا بعد
نبات الزرع ما لم يحصد اي لو نبت الزرع ولم
يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع
لان في البيع ابطال المزارع والتاخير اهون من
الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبس
به قال صاحب الدرر ولو دفعها ثلاث سنين فلما نبت
في الاولى ومات صاحب الارض قبل ادراكه ترك
الزرع في يد المزارع ويقسم على الشرط وبطلت المزارعة
في السنتين الاخريين لان في ابقا العقد في السنة
الاولى مراعاة حق المزارع والورثة وفي القطع ابطالا
لحق العامل اصلا فكان الابقا اولى واما في الاخريين
فلا حاجة الى الابقا اذا لم يثبت الحق للمزارع في شيء
بعد فعملنا بالقياس ولا شيء للعامل ان كان كرب الارض
او حفر النهر لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد وتقويمه

بالخارج فلا خارج وان تمت مدتها اي المزارعة قبل
ادراك الزرع فعلى العامل اجر مثل حصته من الارض
حتى يدرك الزرع ويستحصد لان في قلعه ضرر فيبقى
باجر المثل الى ان يستحصد ويجب على غير صاحب الارض
حصته من الاجرة ونفقة الزرع ومؤنة الحفظ وكري
الانهار عليهما اي على المتعاقدين بقدر حصصهما
على قدر ملكيهما بعد انقضا المدة عليهما لانها كانت
على العامل لبقا العقد لانه مستاجر في المدة فاذا
مضت انتهى العقد فتجب عليهما لانه مال مشترك بينهما
وايهما انفق بغير اذن الاخر ولا امر قاض فهو متبرع
لان كل واحد منهما غير مجبور على الانفاق ولا يقال
هو مضطر في ذلك لاحيا حقه لانه يمكنه ان ينفق
بامر القاضي فصار كالدار المشتركة وليس لرب الارض
اخذ الزرع بقلا لما فيه من الاضرار بالمزارع وان
اراد المزارع ذلك اي اخذ الزرع بقلا قيل لرب
الارض اقلع الزرع ليكون بينكما او اعط قيمة نصيبه
اي المزارع او انفق انت على الزرع وارجع في حصته
اي ارجع عليه بما انفقته في حصته لان المزارع
لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقا العقد بعد
وجوده انما هو نظر للعامل وقد ترك النظر لنفسه
ورب الارض بين هذه الخيارات لان بكل ذلك
يستدفع الضرر كما في الهداية ولو مات رب الارض
والزرع بقل فعلى العامل العمل الى ان يدرك لان العقد
يبقى في مدته وموجبه عليه الى ادراكه
وحصاده وان مات العامل والزرع بقل فقال
وارثه

وارثه انا اعمل الى ان يستحصد فله اي للوارث ذلك اي
ان يعمل مكانه نظرا للورثة وان ابى ورثته اي رب الارض
ولا اجر للوارث بمقابلة عمله لانه قام مقام العامل
وهو لا يستحق الاجر في المدة كان الوارث ورثه مع
ما لزم عليه من العمل فان اراد الوارث قلع الزرع لم يجبر
على العمل والعامل على الخيارات الثلاث لما بينا ولكن
لو رجع المالك بالنفقة يرجع بكلها اذ العمل على العامل
مستحق لبقاء العقد كما في الكفاية وفي التنوير الغلة
في المزارعة مطلقا اي صحيحة او فاسدة امانة في يد
المزارع فلا ضمان لو هلك ومثله المعاملة واذا قصر المزارع
في سقي الزرع حتى هلك الزرع لم يضمن في الفاسدة ويضمن
في صحيحه

كتاب المساقاة

لا يخفى
عليك انه كان من المناسب ان يقدم المساقاة على
المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث
في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر غير ان الغرض
موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما
شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة
وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة
الى المساقاة والمساقاة من المزارعة كما في النتف وانما
اثر على المعاملة التي هي لغة اهل المدينة لانها اوفق
بحسب الاشتقاق ولم يفرق بين معناها اللغوي
والشرعي فالمفارقة من الظن كما في القهستاني هي دفع
الشجر الى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره اي الشجر
والمساقاة هي المزارعة حكما حيث يفتى على صحتها
وخلافا حيث تبطل عند الامام وتصح عندهما كالمزارعة

وبه قالت الائمة الثلاثة وشروطها كشروطها في المساقاة
كذكر نصيب العامل والشركة في الثمر والتخلية بين
العامل والشجر واما بيان البذر ونحوه فلا يمكن في المساقاة
الا المدة فانها اي المساقاة تصح بلا ذكرها اي بلا بيان
المدة استحسانا فان لادراك الثمر وقتا معلوما وقل
ما يتفاوت فيه فيدخل فيه ما هو المتيقن به وادراك
البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان
له نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف
الزرع في ظاهر الرواية لان ابتداه يختلف كثيرا خريفا
وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخل الجهالة
الفاحشة قال صاحب المنح وغيره وشروطها الا في اربعة
اشيا احدها اذا امتنع احدهما يجبر عليه اذ لا ضرر عليه
في المضي بخلاف المزارعة والثاني اذا انقضت المدة
يترك بلا اجر ويعمل بلا اجر وفي المزارعة باجر والثالث
اذا استحق النخيل يرجع العامل باجر مثله وفي المزارعة
بقيمة الزرع والرابع كما بين في المتن وتقع مدة المساقاة
على مدة اول ثمرة تخرج في هذه السنة فاول المدة وقت
العمل في الثمر المعلوم واخرها وقت ادراك المعلوم فيجوز
وفي المنح والفتوى على انه يجوز وان لم يبين المدة وتكون
له ثمرة واحدة فلو لم تخرج فيها انتقضت المساقاة
وتقع في الرطبة على ادراك بذرها اي دفع الرطبة
لادراك البذر كدفع الشجر لادراك الثمر يعني اذا دفعها
بعدما تناهى نباتها فلم تخرج بذرها فيقوم عليها
ليخرج البذر فهو جائز كما في القهستاني ولو دفع
نخيلا واصولها رطبة ليقوم عليها معناه حتى

يذهب

يذهب اصولها او ينقطع نباتها لانه لا يعرف متى ذلك
او اطلق في الرطبة يعني لم تقل حتى يذهب اصولها
فسدت المعاملة لانه لا يعلم وقت ادراك جزء منها حتى
لو عرف جاز كما لو اطلق في النخيل فانه ينصرف الى
الثمرة الاولى وتفسدها اي المساقاة ذكر مدة لا يخرج
الثمر فيها اي في المدة لفوات المقصود وهو الشركة
في الخارج فللعامل اجر المثل وان احتمل خروجها اي
خروج الثمر فيها وعدمه اي عدم خروجها فيها جازت
المساقاة لاحتمال حصول المقصود فان خرج الثمر
فيها اي في المدة بقي الشرط الذي شرطاه لتحقق المرام
وان تأخر عنها اي عن المدة فسدت المساقاة وللعامل
اجر مثله لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة
المسماة فصار كما اذا علم في الابتداء كما في الهداية وفي
المنح كلام فان شئت فارجع اليه وكذا اي للعامل اجر
مثله كل موضع فسدت المساقاة تحته لانها في معنى
الاجارة الفاسدة وان لم يخرج شيء من الثمر فلا شيء له
اي للعامل بناء على جواز ان لا يخرج ابدا الا في
سماوية فلم يتبين الخطأ في المدة وفي القهستاني هذا
عند ابي يوسف وقالا له اجر المثل وتصح المساقاة في النخل
والكرم والشجر والرطاب يعني البقول كالكراث
والاسفاناخ ونحوهما واصول الباذنجان عندنا لحاجة
الناس وفيه الا في بعضه وانما ذكر الشجر هنا مع
انفهامه مما سبق وذكر النخل مع دخوله في الشجر رد
للشافعي اذ عنده لا يجوز في الشجر ويجوز في النخل
والكرم لو وقع الا تبعا فيهما لا غيرهما فان كان في

الشجر ثمر ان كان الثمر يزيد بالعمل صحت المساقاة والا
اي وان لم يزد بالعمل بان انتهى الثمر فلا تصح لان
العامل لا يستحق الا بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي
لان جوازه قبل التناهي للحاجة على خلاف القياس
ولا حاجة الى مثله فيبقى على الاصل وكذا في المزارعة
اذا دفع ارضا فيها بقل فانها تجوز وان استحصد
وادرك لم تجز لما قررناه قبيله والاصل ان المعاملة
متى عقدت على ما هو في حد النمو والزيادة صحت واذا
عقدت على ما تناهى عظمه خروج الاشجار عن حد — وصار بحال لا يزيد في نفسه بسبب عمل العامل لا تصح وانما يعرف ح
الزيادة اذا اطلعت واثمرت كما في المنح وما قبل الادراك
كالسقي والتلقيح والحفظ فعلى العامل لانه من تمام
عمله وما بعده اي بعد الادراك كالجذاذ اي القطع والحفظ
بعد الجذاذ فعليهما لان الثمر بعد الادراك صار ملكا
مشتركا بينهم فيشتركان في نحو هذا العمل بقدر
الحصص ولو شرط اي ما يعمل بعده على العامل فسدت
المساقاة اتفاقا لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة للارض فيكون مفسدا وتبطل المساقاة بموت
احدهما اي احد العاقدين فان كان الثمر خاما اي نيا
لكن في الزوائد كلاما سنشير فارجع اليه عند الموت
او تمام المدة على تقدير ذكر المدة فيهما يقوم العامل
او وارثه عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك
الثمر قال ابن الشيخ في شرح الوقاية ان مات الدافع
في حال ان الثمر نيء يقوم العامل عليه كما قام وان
مات العامل والثمر نيء يقوم وارث العامل عليه كما
قام وان رضيه اي الدافع على كونه حيا او ورثته

انه ميتا

ان ميتا اي ليس لهما المنع من ذلك استحسانا كما في
المزارعة لان في منعه الحاق الضرر به فيبقى العقد
دفعا للضرر عنه ولا ضرر للدافع وعلى ورثته فان
اراد العامل او وارثه صرمه اي قطعه بسرا وللمالك
ان يقول بنا خيرا الارض ان حيا او وارثه ان ميتا
بين ان يقتسموا اي البسر على الشرط او يعطوه قيمة
نصيبه اي نصيب العامل من البسر او ينفقوا على
البسر حتى يبلغ ويرجعوا عليه بما انفقوا في حصة
العامل من البسر لانه ليس له الحاق الضرر بهم كما مر
في المزارعة على هذا الوجه وقد بيناها هنا وجه
لحيا رفيها فلا نعيده ولا تفسخ المساقاة بلا عذر
لان المساقاة تنعقد اجارة وتتم شركة فيكون
انفساخ عقدها بما تنفسخ الاجارة به ومرض العامل
اذا عجز عن العمل عذر وفي الهداية ومن الاعذار
مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في
الزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه
فيجعل عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل
يكون ذلك عذرا فيه روايتان وتاويل احداهما
ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته
وكذا كونه اي العامل سارقا يخاف منه على الثمر
او السعف قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض
ضرر لم يلتزمه فتفسخ به ولو دفع فضاء اي ارضا
بيضاء الى رجل مدة معلومة ليغرس فيها شجرا
لتكون الارض والشجر بينهما لا يصح لاشتراط
الشركة فيما كان حاصلا للدافع قبل الشركة بلا

عمله والشجر الذي يغرس لرب الارض لوقوع الغرس
بالتراضي فيتبع الارض لاتصاله بها وللغارس قيمة (اي يوم الغرس)
غرسه واجر مثل عمله لانه ابتغي لعمله اجرا وهو نصف
الارض او نصف الخارج ولم يحصل له منه شيء فيجب عليه
اجر مثله والحيلة للجواز بيع نصف الاغراس بنصف
الارض ويستاجر صاحب الارض العامل ثلاث سنين
مثلا بشيء قليل ليعمل في نصيبه وفي التنوير ذهبت
الريح بنواة رجل والقتها في كرم اخر فنبتت منها شجرة
فهي لصاحب الكرم وكذا لو وقعت خوخة في ارض غيره
فنبتت في المنح دفع كرمه معاملة بالنصف ثم زاد
احدهما على النصف ان زاد صاحب الكرم لا يجوز لانه
هبة مشاع وان زاد العامل يجوز لانه اسقاط عه

كتاب الذبائح

وجه المناسبة
بين المساقاة والذبائح اصلاح ما لا ينتفع به بالاكل
في الحال للانتفاع في المآل الذبيحة اسم لما يذبح مجاز
باعتبار ما يؤول لان الذبيحة اسم لما ذبح او لما اعد
للذبح كما في شرح الكنز للعيني وفي القهستاني والذبيحة
ما سيذبح من النعم فانه منتقل من الاسمية الى
الوصفية او الفتح ما ذبح فليس الذبيحة المذكاة
كما ظن والمراد ذبح الذابح والذبح في الشرع قطع
الاوداج جمع ودج والمراد الودجان والحلقوم والمري
وانما عبر عنه بالاوداج تغليبا كما ورد في الحديث قال ابن
الشيخ في شرح الوقاية الذبائح جمع ذبيحة وهي اسم
للمذبوح والذبح بالفتح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج
وبالكسر اسم كالذبيحة والذكاة الذبح وهي اسم من ذكي
الذبيحة

كراس ٤٢
٤١١

الذبيحة تذكية اذا ذبحها قال حرم ذبيحة لم تذك قيل يراد
بالذبيحة معناه المجازي فالمعنى حرم حيوان من شانه
الذبح اذا لم يذبح فيخرج السمك والجراد اذ ليس من شانهما
الذبح اذا لم يذبح فيخرج وقيل يراد بها معناها الحقيقي
فالمعنى حرم مذبوح لم يذك يعني لم يذكر اسم الله تعالى
فيه اذ لا اثبات لحرمة ما ليس بمذبوح كالمتردية
والنطيحة ونحوهما ابتداء لا ظاهرا وقيل المعنى حرم
مذبوح لم يذبح ذبحا شرعيا فيعم حرمة مثل المتردية
والنطيحة بطريق الدلالة فان ما كان حراما اذا لم يذك
حال كونه مذبوحا فالحرمة ما لم يذك حال عدم كونه
مذبوحا احرى واليق وحكمه اي الفهم اسبق لكن لا يخرج
منه السمك فيما لو حمل الذبيحة على معناها المجازي
اولى من الحمل على معناها الحقيقي اذ في تناوله الحقيقي
لحرمة بعض الصور تكلف وفي اخراج ما لم يذبح منه
تعسف وتحل ذبيحة مسلم وكتابي ذمي او حربي اما
المسلم فلقوله تعالى الا ما ذكيتم والخطاب للمسلمين
واما الكتابي فلقوله تعالى وطعام الذين اوتوا
الكتاب حل لكم والمراد به مذكاتهم لان مطلق الطعام
غير المذكي يحل من اي كافر كان وفي المنح والولد بين
كتابي ومجوسي تحل ذكاته وفي التجريد ولو اهل نصراني
على ذبيحته بغير اسم الله تعالى فسمع كلامه لم توكل ومن
لم نشاهد ذبحه منهم حل اكل ذبيحتهم لكن فيه كلام
قد قررناه في النكاح ولو كان الذابح امراة او صبيا
او مجنونا يعقل لان حل الذبيحة بالتسمية ويضبطان
شرائط الذبح ويقدران على الذبح والاصلاح فلو

لا يعقل ولا يضبط لا تحل ذبيحته ان كان الذابح اخرس
لان الاخرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم
الملة مقام تسمية كالناسي بل اولى واقلف وانما
ذكر الاقلف مع ان حل ذبيحته يفهم مما سلف احترازا
عن قول ابن عباس رضي الله عنه فانه يقول شهادة
الاقلف وذبيحته لا يجوز منعا عن ترك الختن بلا
عذر لا تحل ذبيحة وثني لانه مشرك كالمجوسي وهو
الذي يعبد الوثن وهو الصنم هذا عندهما واما
عنده تحل لكن لا خلاف في حقيقة على ما مر في النكاح
او مجوسي لانه مشرك ليس له ادعاء الملة التوحيد
او مرتد لانه لا ملة له حيث ترك ما عليه ولم يقر
على ما انتقل اليه عندنا بخلاف اليهودي
اذا تنصر او بالعكس او تنصر المجوسي او تهود لانه
يقر الى ما انتقل اليه عندنا فيعتبر ما هو عليه
عند الذبح حتى لو تمجس يهودي او نصراني لم يحل
صيده ولا ذبيحته او تارك التسمية حال كونه
عمدا مسلما كان او كتابيا عندنا لقوله تعالى ولا
تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه خلافا للشافعي
لقوله تعالى ولا تاكلوا الا ما ذكيتم قال ابو يوسف
والمشايخ ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه
الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ
في شرح الوقاية لصدر الشريعة تفصيل
وفيها شبهة للاجماع هنا فتنبه فليراجعها وفي الهداية
لكونه مخالفا للاجماع وفي القهستاني وفيه اشعار
بان التسمية شرط الحل وهي خالصة له اسم من اسمائه

تعالى

تعالى فلو قال الله او غيره مريدا الدعاء فلو سمى ولم ينو
الذبح لم يحل والاحسن بسم الله والمستحب عند البقالي
بسم الله والله اكبر وكذا عند الحلواني الا انه كره
مع الواو ولكن المنقول عن الاثر بالواو فلا يكره
وانما حل الاكل اذا سمى على الذبيحة لانه لو سمى عند
الذبح لافتتاح عمل لم يحل لما في التنوير ولو سمى ولم
تحضره النية صح بخلاف ما لو قصد بالتسمية التبرك
في ابتداء الفعل فانه لا يصح كما لو قال الله اكبر واراد
به متابعة المؤذن فانه لا يصير شارعا في الصلاة
وان لم يكن له نية في التسمية يحل وكذا اذا فصل
بينه وبين التسمية بعمل كثير لم يحل وكذا لو سمى وذبح
لقدوم الامير او غيره من العظماء لا يحل لانه تعظيم
له لا لله تعالى بخلاف ما اذا ذبح للضيف فانه لله
تعالى فان تركها اي التسمية ناسيا تحل ذبيحته
لان النسيان مرفوع حكما خلافا لمالك وكره المذبوح
ان يذكر مع اسم الله غيره وصلا دون عطف مثل ان
يقول بسم الله محمد رسول الله بالرفع لانه غير مذكور
على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود
القران والوصل صورة وان قال بالخفض لا يحل قيل
هذا اذا كان يعرف النحو اكل ذبيحتهم وكره ان يقول
بسم الله اللهم تقبل من فلان فانه لا يحرم لان الشركة
لم توجد ولم يكن الذبح واقعا عليه ولكنه يكره لما ذكرنا
قبيله فان قاله اي قوله اللهم تقبل من فلان قبل
الاضطجاع او بعد الاضطجاع وقبل التسمية او بعد
الذبح لا يكره لما روي عن النبي عليه السلام انه اذا

اذا كان اراد ان يذبح اضحيته يقول هذا منك ولك
ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا
شريك له وبذلك امرت وانا اول المسلمين بسم الله
والله اكبر كما قررناه في الحج ثم يذبح ويقول بعده اللهم
اللهم تقبل هذا من امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية
ولي بالبلاغ وان عطف حرمت ذبيحته كقوله بسم الله
وفلان بالجر قال العيني في شرح الكنز والاوجه ان
ان لا يعتبر الاعراب بل يحرم اكل الذبيحة مطلقا
بالعطف نحو ان يقول بسم الله واسم فلان وبسم
الله ومحمد رسول الله بالخفض وبالرفع المعطوف
على اسم الله يحل واختلفوا في النصب ويكره
فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة وكذا تحرم
ان اضجع شاة وسمى ثم تركها ولم يذبحها وذبح
غيرها اي غير الشاة بتلك التسمية لان التسمية
في الذبح مشروطة على الذبيحة ولم تقع على
الثانية فتحرم وان ذبحها اي الذبيحة الاولى
بشفرة اخرى حلت لانه لا اعتبار باختلاف
الالة هنا وان رمى الى صيد وسمى فاصاب
السهم غيره اي غير ذلك الصيد اكل لان التسمية
هنا على الالة لان التكليف بحسب الوسع والذي
في وسعه هو الرمي دون الاصابة على ما قصده
وان سمى على سهم ورمى بغيره اي بغير ذلك السهم
عليه لا يوكل لانه لم توقع التسمية على ذلك
الغير فكان رميه بلا تسمية والارسال اي
ارسال

ارسال الكلب والجارح كالرمي حكما فلو ارسل كلبه
الى صيد وسمى فترك الكلب ذلك الصيد واخذ
غيره حل لتعلق التسمية بالالة بخلاف ما اذا
ارسل كلبا وسمى ثم تركه وارسل اخر فاصاب
لا يوكل لعدم وجود التسمية على الالة وهو
الشرط وفي المنح وتشترط التسمية حال الذبح
وفي الرمي عند الرمي وفي الارسال عند الارسال
والمعتبر الذبح عقب التسمية قبل تبدل المجلس
والشرط في التسمية الذكر الخالص المجرد عن شوب
الدعا وغيره قال ابن مسعود رضي الله عنه
جردوا التسمية عند ثم فرعه بقوله فلو قال اي
عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء
وسؤال ولو قال الحمد لله وسبحان الله يريد به التسمية
يحل لانه ذكر خالص فيقوم مقام التسمية لا يحل
في العطاس لاصح لو عطس عند الذبح وحمد له
لانه يريد الحمد لله على النعمة دون التسمية بخلاف
الخطبة حيث يجزيه ذلك عن الخطبة اذا نوى
لان المذكور فيها ذكر الله تعالى مطلقا وفي
الذبيحة المامور به هو الذكر على المذبوح وفي
المنح وفي قواعد صاحب البحر واما التسمية في
الخطبة للجمعة فشرط صحتها حتى لو عطس بعد
صعود المنبر فقال الحمد لله للعاطس غير قاصد
لها لم تصح والسنة نحر الابل اي قطع عروقها
الكائنة في اسفل عنقها عند صدرها لان

موضع النحر عنها لا لحم عليه ومما سوى ذلك من الحلق
عليه لحم غليظ فالنحر اسهل من الذبح وذبح البقر
والغنم لانه اسفل الحلق واعلاه سوا في اللحم
منهما والذبح ايسر فتكره العكس اي ذبح الابل
ونحر البقر والغنم لترك السنة المتواترة لقوله
تعالى ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة وقال تعالى
وفديناه بذبح عظيم وقال تعالى فصل لربك
وانحر اي انحر الجزور وتحل لوجود شرط الحل وهو
قطع العروق وانهار الدم السنة ان ينحر
البعير قائما ويذبح الشاة مضطجعة وكذا
البقر والذبح اي قطع اوداج بين الحلق اهو
الحلقوم على ما في النهاية واللبة بفتح اللام
والبا المشددة هي المنحر من الصدر على ما
في الكافي والهداية موافقا لرواية المبسوط
وفي الخانية محل الذكاة الحلق كله لقوله
عليه السلام الذكاة ما بين اللبة
واللحيين وهو الموافق لرواية الجامع
الصغير انه لا باس بالذبح في الحلق اعلاه
واسفله واوسطه وعن هذا قال اعلى
الحلق او اسفله او اوسطه فيكون عطف
بيان لقوله بين قال ابو المكارم وفي
الكافي ان ما بينهما هو الحلق كله وقد سبق
ان الحلق هو الحلقوم فظهر فساد ما في
الكفاية من ان مقتضى رواية الجامع ان
الذبح لو وقع في اعلى من الحلقوم كان المذبوح

حلالا

حلالا لكونه ما بين اللبة واللحيين وقد صرح في
الذخيرة ان الذبح اذا وقع في اعلى من الحلقوم لا يحل
انتهى لكن قال القهستاني والحلق في الاصل
الحلقوم استعمل في بعض العنق بعلاقة الجزئية
لقرينة رواية المبسوط والذخيرة وكلام التحفة
والعتابي والكافي والمضمرات يدل على ان الحلق
يستعمل في العنق بعلاقة الجزئية بقرينة رواية
الجامع فالمعنى من سفل الحلق واللبة فالمذبح عند
الاولين من العقدة وعند الاخرين من اصل
العنق فمن الظن الفاسد افسد وكلام الكفاية
بناء على كلام الاخرين مع انه حمله على خلاف
مراد صاحبه فنقله هكذا مقتضى رواية الجامع ان
الذبح لو وقع في اعلى من الحلقوم كان المذبوح
حلالا وكلامه هكذا هذه الرواية تقتضي ان
يحل وان وقع الذبح فوق الحلق قبل العقدة
ولو جعل بين بمعنى في كما في الكرماني لم يستقم
كما لا يخفى وقيل لا يكون فوق العقدة وانما اتى
بصيغة التمريض لمخالفته ظاهر الحديث الذي
مر انفا والعروق اي عروق الذبح الاختياري
كما في اكثر الكتب لكن يعيب بل الاولى عروق
الحلق في المذبح كما في القهستاني التي تقطع في
الذكاة اربعة الحلقوم مجرى النفس والمري
مهموز اللام فعيل مجرى الطعام والشراب اصل
راس المعدة المتصل بالحلقوم كما في الديوان
وغيره لكن في الطلبة ان الحلقوم مجرى الطعام

والمريء مجرى الشراب وفي المغني ان الحلقوم مجرى الطعام وفي
المبسوط أيضا عكس ما ذكرنا نوافق لما في الهداية فانه
قال وأما الحلقوم فبخلاف المريء فانه مجرى العلف والماء والمريء
مجرى النفس والودجان تثنية ودج بفتحتين عرقان
عظيمان في جانبي قدام العنق بينهما الحلقوم والمريء
ويكفي قطع ثلاثة منها أي من الاربعة أيا كانت عند
الامام لان للاكثر حكم الكل وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم
رجع الى ما سيأتي وعند محمد كما في المخطوط عنه وفي الهداية
وعن محمد لا بد من قطع أكثر كل واحد منها أي من أربعة
وهو رواية عن الامام لان كل واحد منفصل عن الاخر
والامر ورد بقطعه فقام الاكثر مقام الكل وعند أبي
يوسف لا بد من قطع الحلقوم والمريء ولا يكتفي بواحد
منهما وأحد الودجين لان كلا منهما مخالف للاخر فلا بد
من قطعهما وأما الودجان فالمقصود من قطعهما
انهار الدم فينوب أحدهما عن الاخر وعند الشافعي
قطع الودجين ليس بشرط وعند مالك لا بد من قطع
الكل وقيل محمد معه أي مع أبي يوسف وفي الهداية
المشهور في كتب أصحابنا ان هذا قول أبي يوسف
وحده وكون محمد معه رواية القدوري في مختصره
ويجوز الذبح بكل ما أفرى الاوداج أي قطع العروق
وأخرج ما فيها من الدم لان المراد من الاوداج
ها هنا كل الاربعة تغليبا وأنهر الدم بمعنى أساله من نهر
الماء في الارض سال ولو وصلية مروة بكسر الميم أي يجوز
الذبح بها وهي حجر أبيض يذبح بها كالسكين أو ليطة بكسر
اللام وسكون الياء هي قشر القصب أو سنا أو ظفرا
منزوعين أي ذبحها تحل الذبيحة مع الكراهة عندنا

قوله

لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت ويروى أفر
الاوداج بما شئت لا بالقائمين أي متصلين بموضعهما
وعند الشافعي الذبيحة ميتة ولو كانا منزوعين لقوله
عليه السلام ما خلا الظفر والسن وأما الظفر فمدى
الحبشة ونحن نحمله على غير المنزوع فانه الصادر من
الحبشة وندب حد الشفرة قبل الاضجاع لورود
الاثر وان يضجع بالرفق على يساره موجها الى القبلة ويشد
ثلاث قوائم فقط ويذبح باليمين ويسرع على الذبح
واجراء الشفرة على الحلق وكره بعده أي بعد الاضجاع
اشفاقا على المذبوح وكذا كره جرها برجلها أي الذبيحة
الى المذبح ارفاقا بها وان ينخع بفتح النون وسكون الخاء
المعجمة وهو ان يصل الى النخاع وهو خيط أبيض في
جوف عظم الرقبة لزيادة ألم بلا حاجة اليه وقيل
أن يمد رأسها حتى يظهر مذبحها وقيل ان يكسر عنقها
قبل ان يسكن من الاضطراب وكره قطع الرأس والسلخ
قبل ان تبرد والذبح من القفا اذ هو عذاب فوق
العذاب وتحل الذبيحة لو ذبحها من القفا ان بقيت
حية حتى قطعت العروق ليتحقق الموت بما هو ذكاة أي
جرحها ثم قطع الاوداج والا أي وان لم يبق بل ماتت
قبل قطع العروق فلا تحل ولا تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة
كما لو ماتت حتف أنفها ولزم ذبح صيد استأنس
كظبي اذا تألف في البيت فانه يذبح لامكانه وجاز
جرح نعم بفتحتين مثل الغنم والابل والبقر توحش
بأن ند عن أهله ودخل في البادية وصار وحشيا
لان ذكاة الاضطرار تعذر فيكتفى بالجرح في بدنه

حيث اتفق كالصيد او تردى حيوان في بئر اذا لم يمكن
ذبحه فانه يجرح ويوكل اذا علم موته من الجرح والا لا
وان اشكل ذلك اكل لان الظاهر ان الموت منه وكذا
الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخيف موتها فصار
ذكاتها الجرح ثم ان للمص اطلق الجواب فيما توحش من
الغنم وكذا فيما تردى وعن محمد ان الشاة اذا ندت في
المصر لا تحل بالعقر وان ندت في الصحرا تحل بالعقر وفي
الابل والبقر يتحقق العجز في المصر والصحرا فيحل بالعقر
وقال مالك يلزم الذبح في الوجهين لان ذلك نادر
ولا عبرة للنادر في الاحكام ولا يحل الجنين بذكاة امه
اشعر اولا حتى لو نحر ناقة او ذبح بقرة او شاة فخرج من
بطنها جنين ميت لم يوكل عند الامام وزفر والحسن بن
زياد لانه مستقل في الحيوانية فيشترط فيه ذكاة استقلالية
وقالا يحل ان تم خلقه لقوله عليه السلام ذكاة الجنين
ذكاة امه وبه قالت الائمة الثلاثة

فصل

فيما يحل اكله وما لا يحل ويحرم اكل كل ذي اي صاحب ناب
وهو حيوان ينتهب بالناب كالذيب من سبع هو كل
جارح منتهب قاتل اي يحرم كل ذي مخلب يخطف به
بالمخلب كالباذي من الطير فكان من شانهما الايذا بالناب
والمخلب وهو المؤثر في الحرمة وقوله من سبع بيان
لقوله ذي ناب وقوله او طير بيان لقوله او مخلب والمراد
من ذي ناب الذي يصيد بنابه ومن ذي مخلب والبعير
له ناب لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما نهى عليه
السلام عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب
من الطير ولو ضبعا او ثعلبا لانهما من السباع فلا يوكل

الذي يصيد بمخلبه لا كل ذي مخلب فان الحمامة لها مخلب صح

لحمها

لحمها كالذيب والنمر والفهد والكلب والسنور اهليا
وبريا فيكون الحديث حجة على الائمة الثلاثة في اباحة
اكلهما ويحرم اكل الحمر الاهلية لما روي ان النبي عليه
السلام حرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر بخلاف الوحشية
فانها يحل اكلها وعند مالك يحل ايضا في الاهلية والبغال
لانه متولد من الحمار وان كانت امه فرسا كان على
الخلاف المعروف في لحم الخيل وان كانت امه بقرة يوكل بلا
خلاف لان المعتبر في الحل والحرمة الام فيما تولد من
ماكول وغير ماكول والفيل لانه ذو ناب والضب لانه من
السباع خلافا للائمة الثلاثة واليربوع وابن عرس يقال
لها بالفارسي راسو لانهما من سباع الهوام خلافا للشافعي
والزنبور لانه من المؤذيات والسلحفاة البرية والبحرية
لانها من الخبائث والحشرات الصغار من الدواب جمع
الحشرة كالفارة والوزغة وسام ابرص والقنفذ والحية
والضفدع والبرغوث والقمل والذباب والبعوض والقراد
لانها من الخبائث وقد قال الله تعالى ويحرم عليهم
الخبائث وما روي من اباحة الضب محمول على الابتدا
قبل تحريم الخبائث فالمؤثر في الحرمة الخبث الخلقي كما في
الهوام او العارضي كما في الجلالة كبقرة تتبع النجس قيل
الحكمة في حرمة هذه الحيوانات كرامة بني آدم كيلا
يتعدى شيء من الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل في الخانية
لا باس بدود الزنبور قبل نفخ الروح فيه لان ما لا
روح له لا يسمى ميتة واعلم ان الحشرات محرمة عندنا
حلال مكروه عند غيرنا وان الشاة لو حملت من كلب
وراس ولدها راس كلب اكل الا راسه ان اكل العلف

دون الحمار وصاح صياح الغنم لا الكلب او اتي بالصوتين
وكان له الكرش لا الامعا كما في القهستاني ويكره
الغراب الابقع الذي ياكل الجيف والغداف بضم الغين
المعجمة والدال المهملة وفي اخره الفا نوع من الغراب
لاكلهما الجيف والرخم جمع رخمة وهو طير ابلق يشبه النسر
في الخلقة والبغاث وهو طاير صغير يشبه العصفور
لانهما ياكل الجيف فيكره اكل لحم الخيل تحريما اي كراهة
تحريم عند الامام في الاصح كما في الخلاصة والهداية
وهو الصحيح كما في المحيط وغيره وهو قول ابن عباس
رضي الله عنه وقال مالك لانه عليه السلام نهى عن لحم
الخيل والبغال والحمير كما في الكرماني وغيره وحكي عن
عبد الرحيم الكرميني انه قال كنت مترددا في هذه
المسئلة فرايت ابا حنيفة في المنام يقول لي كراهة
تحريم يا عبد الرحيم وقيل انه رجع قبل موته بثلثة
ايام عن حرمة لحمه وعليه الفتوى كما في كفاية البيهقي
ثم انه مكروه كراهة تنزيه في ظاهر الرواية وهو
الصحيح ذكره فخر الاسلام وغيره وعندهما والشافعي
واحمد لا يكره لحم الخيل لحديث جابر رضي الله عنه انه
قال واذن في لحم الخيل يوم خيبر وحل العقعق لانه يخلط
في اكله فاشبه الدجاج وعن ابي يوسف انه يكره لان
غالب ماكوله الجيف والاول اصح وغراب الزرع لانه ياكل
الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث فحاصله
ان الغراب ثلثة انواع نوع ياكل الحب فقط وهو ليس
بمكروه ونوع ياكل الجيف فقط وهو مكروه ونوع ياكل
الحب مرة والجيف اخرى وهو غير مكروه عند الامام

ومكروه

ومكروه عند ابي يوسف والارنب لانه عليه السلام امر
اصحابه ان ياكلوه حين اهدي اليه مشويا وكذا الوبر
كما في شرح الكنز للعيني وفي النهاية وذكر بعض العلماء
ان الخفاش يوكل وذكر في بعضها لا يوكل لان له نابا ولا
يوكل من حيوان الماء وهو الذي يكون مثواه وعيشه
في الماء عندنا لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث الا السمك
بانواعه غير الطافي وقال مالك وجماعة باطلاق جميع ما في
البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن
الشافعي انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع
واحتجوا بقوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل
وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته
ولانه لا دم في هذه الاشيا اذ الدموي لا يسكن في الماء
والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم
الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهي رسول الله عليه
السلام عن دوا يتخذ فيه الضفدع ونهي عن بيع
السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد
وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روي محمول
على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك لقوله عليه
السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان
فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال كالجريث
بكسر الجيم وتشديد الرا نوع من السمك غير المارماهي
والمارماهي وانما افردهما بالذكر لخفا في كونهما
من جنس السمك ولما ان الخلاف فيهما لمحمد ذكره صاحب
المغرب وما قيل ان الجريث كان ديوثا يدعو الناس
الى حليلته فمسخه الله تعالى به فهو نوع لان الممسوخ

لا نسل له ولا يبقى باقيا بعد ثلاثة ايام وان الذباب مما هو متولد
من المحية ليس بواقع بل هو جنس شبيه بها صورة ولا
يؤكل الطافي منه هو السمك الذي يموت في الماء حتف
انفه بلا سبب ثم يعلو فيظهر حتى اذا انحسر عنه الماء يجوز
اكله لقوله عليه السلام ما انحسر عنه الماء فكل وروي
عن محمد انه اذا انحسر الماء عن بعضه فان كان راسه في الماء
في الماء فات فلا يؤكل وان كان ذنبه في الماء فات يؤكل اذ هذا
سبب لموته وفي الفتاوى الصغرى اذا وجد السمك ميتا على
الماء وبطنه من فوق لم يؤكل لانه طاف وان كان ظهره من
فوق اكل لانه ليس بطاف وقال الشافعي ومالك لا باس به
لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث
قلنا ما روي جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام
انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما
طفى فلا تاكلوا وان مات لحر او برد او في كدر الماء ففيه
روايتان في رواية يؤكل لوجود السبب بموتها وفي المنح
وقال محمد يحل اكله وبه اخذ ابو الليث وعليه الفتوى وفي
اخرى لا لان الماء لا يقتل السمك حارا او باردا وبه اخذ
السرخسي وفي الدرر وان مزق سمكة فقطع بعضها
يحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بسبب وما ابين من
الحي وان كان ميتا فميتته حلال للحديث وكذا ان وجد
في بطنها سمكة اخرى لان ضيق المكان سبب لموتها وكذا
ان قتلها شيء من طير الماء او ماتت في جب ما او جمعها في
حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها
بغير صيد فمتن فيها لان ضيق المكان سبب لموتها واذا
ماتت في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها او اكل شيئا

القاه في الماء ليأكله فمات منه او ربطها في الماء فماتت او اخذ
الماء فبقيت بعض الجد فماتت يؤكل وفي المنح اذا رمى صيدا
فقطع عضوا اكل الصيد دون العضو وان قطعه نصفين
اكلا انتهى ويحل هو اي السمك والجراد بلا ذكاة لما رويناه
لكن بينهما فرق وهو ان الجراد يؤكل وان مات حتف انفه
بخلاف السمك وعند مالك لا بد من موت الجراد من سبب
وبه قال احمد في رواية وعن مالك يعتبر قطع راسه
وتشويه ولو ذبح شاة لم تعلم حياتها فتحركت او خرج
اي من الشاة دم من غير تحرك حلت اكلها لان الحركة
وخروج الدم لا يكونان الا من الحي وذكر محمد بن مقاتل
ان خرج الدم ولم تتحرك لا تحل والا اي وان لم تتحرك او لم
يخرج الدم فلا تحل ان لم يعلم حياتها وقت الذبح وان
علمت حياتها وقت الذبح حلت مطلقا اي على كل حال
قال العيني في شرح الكنز ولو ذبح شاة مريضة لم تتحرك منها
الا فوها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها لا تؤكل وان
فتحت عينها تؤكل وان مدت رجلها لا تؤكل وان قبضت
رجلها اكلت وان نام شعرها لا تؤكل وان قام شعرها
اكلت وفي التنوير سمكة في سمكة فان كانت المظروفة
صحيحة حلت والاصل الظرف لا المظروف **كتاب**
الاضحية عقب به الذبائح لانها المقدمة له اذ بها تؤدى
التضحية اي الذبح من ايام الاضحى وهي افعولة وكان اصله
اضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احديهما بالسكون
فقلبت الواو ياء وادغمت في الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء
ويجمع على اضاحي بتشديد الياء قال الاصمعي وفيها اربع
لغات اضحية بضم الهمزة وكسرها وضحية بفتح الضاد

على وزن فعليه وتجمع على ضحايا كهدية على هدايا واضحاة
وتجمع اضحى كارطاة وارطى وقال الفرا الاضحى يذكر
ويونث وفي الشرع هي ذبح حيوان مخصوص بنية القربة
في وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرايطها الاسلام
واليسار الذي يتعلق به صدقة الفطر فتجب على الانثى
وسببها الوقت وهو ايام النحر وركنها ذبح ما يجوز ذبحه
وحكمها الخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول
الى الثواب في العقبى هي اي الاضحية واجبة وعن ابي
يوسف سنة موكدة وهو قول الشافعي واحمد وقيل
هو سنة اي كونها سنة قولهما يعني ذكر الطحاوي انها
واجبة عند الامام سنة عندهما ووجه الوجوب قوله
عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا
هذا وعيد يلحق بترك الواجب ووجه السنة قوله عليه
السلام من اراد ان يضحي منكم شاة فلا ياخذ من شعره
واظفاره شيا اذ التعليق بالارادة ينافي الوجوب
لكن المراد من الارادة القصد الذي هو ضد السهو
لا التخيير لانه لا يخير بين الاداء او الترك فكانه صرح
به وقال من قصد منكم ان يضحي وهذا لا يدل على نفي
الوجوب فصار هذا نظير قوله عليه السلام من اراد
منكم الجمعة فليغتسل لم يرد التخيير هناك فكذا هنا وانما
تجب التضحية دون الاضحية لما تقرر من ان الواجب
من صفات الفعل الا ان القدوري ومن تبعه قال ذلك
توسعة ومجازا والمراد بالوجوب الوجوب العملي لا
الاعتقادي حتى لا يكفر جاحدها كما في المنح على حر
فلا تجب على العبد مسلم فلا تجب على كافر مقيم فلا تجب
على مسافر

مسافر لقول علي رضي الله عنه ليس على مسافر جمعة ولا
اضحية وعن مالك لا تشترط الاقامة ويستوي فيه
المقيم بالمصر والقرى والبوادي موسر لان العبادة لا تجب
الا على القادر وهو الغني دون الفقير ومقداره ما يجب
فيه صدقة الفطر وقوله عن نفسه يتعلق بقوله
يجب لانه اصل في الوجوب عليه لا عن طفله اي اولاده
الصغار في ظاهر الرواية لكونها قربة محضة فلا تجب
على الغير بسبب الغير وقيل اي في رواية الحسن عن
الامام يجب عنه اي عن الطفل ايضا اي كنفسه لكونها
قربة مالية والطفل في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة
الفطر وقيل يضحي عنه اي عن الطفل ابوه او وصيه من
ماله ان كان له مال فيطعم الطفل منها ما امكن الاطعام
بعد رضاعه ويستبدل بالباقي ما ينتفع به مع بقائه
كالثوب والخف فلا يستبدل بما ينتفع به بالاستهلاك
كالخبز والادام لان الواجب هو اراقة الدم فالتصدق
باللحم تبرع وهو لا يجري في مال الصبي فينبغي ان يطعم
الطفل ويدخر له ويستبدل الباقي بالاشيا التي ينتفع
الطفل بها مع بقا عينها اعتبارا بالجلد الاضحية وفي
الهداية فان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه
من ماله عند الشيخين وقال محمد وزفر والشافعي
من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف
في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير
في قولهم جميعا لما قررناه قبله والاصح انه يضحي من ماله
وياكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه
وهي اي الاضحية شاة تجوز من فرد فقط او بدنة

يجوز من واحد ايضا او سبع بضم السين بمعنى واحد من السبع
بدنة بيان للقدر الواجب والقياس ان لا يجوز البدنة
الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة والقربة
لا تتجزى الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر
رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله البقرة عن
سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على
اصل القياس ثم اراد تفسير قوله او سبع بدنة فقال
بان اشترك المضحي مع ستة في بقرة او بعير وكل واحد
منهم يريد القربة وهو اي كل واحد منهم من اهلها اي
اهل القربة بكونهم مسلمين ولم ينقص نصيب احدهم
عن سبع ثم فرعه فقال فلو اراد احدهم بنصيبه اللحم
او كان كافرا او نصيبه اي نصيب احدهم اقل من سبع
لا يجوز عن واحد منهم لما مر ان وصف القربة لا يتجزى
كنصيب المراة لانه اقل من السبع وكذا لا يجوز في
نصيب الابن لانعدام وصف القربة في البعض وقال
مالك يجوز البدنة عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر
من سبعة ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها
ويجوز اشتراك اقل من سبعة ولو كانت البدنة بين
اثنين نصفين في الاصح قال العيني في شرح الكنز ويجوز
عن ستة او خمسة او اربعة وثلاثة ذكره محمد في الاصل
لانه لما جاز عن السبعة فعن من دونه اولى ولا يجوز
عن ثمانية لعدم النقل فيه ويقسم لحمها اي اذا جاز
على الشركة فقسمة اللحم وزنا بين الشركا لانه موزون
لا جزافا لان في القسمة معنى التمليك فلا يجوز جزافا
عنه وجود الجنس والوزن ولا يجوز لانه في معنى

الهبة

الهبة وهبة المشاع فيما يقسم لا يجوز الا اذا خلط ومعه شيء
اللحم من الاكارع او جلده اي يكون في كل جانب شيء من
اللحم ومن الاكارع او يكون في كل جانب شيء من اللحم وبعض
الجلد او يكون في جانب لحم واكارع وفي الاخر لحم وجلد فحينئذ
صرفا الجنس الى خلاف الجنس كما في الدرر ولو شرى بدنة
للاضحية ثم اشرك فيها ستة جاز استحسانا وفي القياس
لا يجوز وهو قول زفر رواية عن الامام لانه اعدها
للقربة فلا يجوز بيعها وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة
سمينة ولا يجد الشريك وقت الشرا فمسته الحاجة الى
هذا والاشتراك قبل الشرا احب اذ هو بعيد عن الخلاف
وسلم عن الرجوع في القربة وروي عن الامام كراهة
الاشتراك بعده واول وقتها اي اول الوقت للتضحية
بعد فجر النحر ولكن لا يذبح في المصر قبل صلاة العيد لقوله
عليه السلام من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته وهذا
الشرط لمن يجب عليه صلاة العيد ويذبح عن القرى كاهل
القرى قبل الصلاة ومن هنا ظهر ان وقت التضحية
في حق البعض الذي لا يجب صلاة العيد من طلوع فجر يوم
النحر لانعدام المانع هو الاشتغال بالصلاة وفي حق
البعض يعتبر بعد ان يصلي الامام صلاة العيد الواجبة
وعند مالك واحمد اهل المصر لا يذبحون قبل ذبح الامام
ايضا وعند الشافعي صح قبل الصلاة لو يمضي من الوقت
قدر ما يصلي ركعتين مع خطبتين واخره اي اخر وقتها
قبيل غروب الشمس في اليوم الثالث عندنا لما روي
عن عمر رضي الله عنه وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم
قالوا ايام النحر ثلاثة افضلها اولها وقد قالوه

سماعًا لان الراي لا يهتدي الي المقادير وعند الشافعي اربعة لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح قلنا
اذا كان في الاخبار تعارض فالاخذ بالمتيقن اولي ثم المعتبر
في ذلك مكان الاضحية حتي لو كان في السواد والمضحي في المصر
جازت اذا اراد التعجيل ان يخرج بها خارج المصر فيضحي بها كما
طلع الفجر اعتبارًا بالزكاة بخلاف صدقة الفطر ولو ضحي
بعد ما صلي اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه
استحسانًا والمعتبر في الصلاة دون الخطبة والمعتبر اخره
اي اخر وقتها للفقر وضده والولادة والموت فلو كان
غنيا في اول الايام فقيرا في اخرها لا يجب عليه وفي
العكس يجب وان ولد في اليوم الاخير يجب عليه وان
مات فيه لا يجب عليه فتبين ان الامام صلي بغير
طهارة تعاد الصلاة دون الاضحية كما لو شهدوا انه
يوم العيد عند الامام يصلي بالناس العيد ثم ضحوا
ثم بان انه يوم عرفة اجزاهم الصلاة والتضحية كما في
التنوير ولو وقعت في البلد فتنة ولم يوجد فيها والي يصلي
بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر اجزاهم كما في المنح واولها
اي اول ايام النحر افضلها لما بيناه انفا وكره الذبح ليلا
لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وفي المنح الظاهر
ان هذه الكراهة للتنزيه ومرجعها الي خلاف الاولي اذ
احتمال الغلط لا يصلح دليلا علي كراهة التحريم التي نسبتها
الي الحرام كنسبة الواجب الي الفرض فان فات وقتها قبل
ذبحها اي ولو لم يذبح ما اوجب علي نفسه بان عين شاة في
ملكه وقال لله علي ان اضحي بهذه الشاة لزم التصدق
بعين المنذورة حية سواء كان ذلك الموجب فقيرا او غنيا

ولو نذر

[illegible]

كراس
43
431
421

ولو نذر ان يضحي ولم يسم شيئا يقع علي الشاة ولا ياكل
الناذر منها ولو اكل فعليه قيمة ما اكله لان سبيلها
التصدق وليس للمتصدق ان ياكل من صدقته وكذا
اي يلزم التصدق بعين المنذورة حية ما اشتراها
فقير للتضحية لان الفقير انما يجب عليه اذا اشتراها
بنية التضحية فيتعلق بالمحل والغني يتصدق
بقيمتها شراها اي الشاة اولا لان الواجب يتعلق
بذمته وانما يجزي فيها اي في الاضحية الجذع من
الضان الجذع شاة تمت لها ستة اشهر عند الفقهاء
اذا كانت عظيمة لقوله عليه السلام لا تذبحوا
الا مسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من
الضان وعند اهل اللغة ما تمت له سنة وذكر
الزعفراني انه ابن سبعة اشهر وعن الزهري من
المعز لسنة ومن الضان لثمانية اشهر والثني هو
فصاعدا من الجميع وهو ابن خمس من الابل وحولين
من البقر والجاموس وحول من الشاة والمعز لانه
عرف بالنص علي خلاف القياس فيقتصر عليها
والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي
الاصل في التبعية فيجوز بالبغل الذي امه بقرة وبالظبي
الذي امه شاة وتجوز الجما بتشديد الميم وهي التي
لا قرن لها بالخلقة اذ لا يتعلق به المقصود وكذا
مكسورة القرن بل اولي لما قلنا والخصي وعن الامام ان
الخصي اولي لان لحمه الذ واطيب والثولاء وهي المجنونة
اذا لم يمنعها من السوم والرعي لان هذا لا يخل بالمقصود
وان منعها من ذلك لا يجوز اذ يخل والجرباء السمينة

43

ولم يتلف جلدها لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم
وانما قيدنا بالسمينة لانها اذا كانت مهزولة لا تجوز
لان الجرب في اللحم فانتقص لا تجوز العميا وهي الذاهبة
العينين والعورا وهي الذاهبة احدى العينين
والعجفا اي المهزولة التي لا تنقي اي يبلغ عجفها الى حد
لا يكون في عظمها مخ والعرجا التي لا تمشي الى المنسك اي
المذبح لورود النهي عنهن ولا تجوز مقطوعة اليد والرجل
لنقصانها وذاهبة اكثر العين او اكثر الاذن لقول
علي رضي الله عنه امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان نستشرف العين والاذن وان لا نضحي بمقابلة
ولا مدابرة ولا شرقا ولا خرقا او اكثر الذنب لانه عضو
كامل مقصود فصار كالاذن او اكثر الالية وانما قيد
الذهاب بالاكثر لانه ان بقي الاكثر من العين والاذن
والذنب ونحوها جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا
وفي المنح واختار ابو الليث وعليه الفتوى وفي ذهاب
النصف روايتان عن الامام وكذا عنهما كما في الهداية
وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في الكشاف
المصنوع عن ابي يوسف ويجوز ان ذهب اقل منه
اي من النصف وقيل ان ذهب اكثر من الثلث لا يجوز
قال ابن الشيخ في شرح الوقاية في ظاهر الرواية عن
الامام لان الثلث قليل ولذا تنفذ فيه الوصية بخلاف
ما زاد عليه لكونه اكثر وقيل ان ذهب الثلث لا يجوز
لقوله عليه السلام في حديث وصية الثلث والثلث
كثير وفي رواية عنه الربع وفي القهستاني ان كل عيب
مانع لها ان كان اكثر من النصف لا يجوز بالاجماع
وان كان

وان كان اقل منه يجوز بالاجماع وطريق معرفة ذهاب
العين ان تشد العين المعلولة بعد ان كانت جائعة
فيقرب اليها العلف فينظر اليه من اي مكان رات
العلف ثم تشد العين الصحيحة ويقرب العلف فينظر
الى تفاوت ما بين المكانين فان كان ثلثا فقد ذهب
الثلث وهكذا او في القهستاني ولا يجوز ما ذهب من
الاذنين على ما قال ابو علي الرازي وقال ابن سماعة
انه يجوز وفي شرح الكنز للعيني ولا تجوز الهتما وهي
التي لا اسنان لها ولا السكا وهي التي لا اذن لها خلقة
وان كان صغيرا يجوز ولا الجلالة وهي التي تاكل العذرة
ولا تاكل غيرها ولا الجدا وهي المقطوعة ضرعها ولا المصرمة
وهي التي لا تستطيع ان ترضع فصيلها ولا الجدا وهي التي
يبس ضرعها وفي الهداية فهذا الذي ذكرنا اذا كانت
هذه العيوب قائمة وقت الشرا ولو اشتراها سليمة ثم
تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان
فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتدا فكم
فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية
فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب
الزكاة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية
على موسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت
واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر
ذبح احدهما وعلى الفقير ذبحهما ولا يضر تعيبها من اضطرابها
عند الذبح وفي الهداية ولو اضجعها فاضطربت فانكسر
رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي
لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكانه حصل به

اعتبارا وحكما وكذا الوتعقيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت
من فوره وكذا البعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف لانه
حصل بمقدمات الذبح وان مات احد السبعة الذين شاركوا
في البدنة وقال الورثة وهم كبار اذبحوها اي البدنة
عنكم وعنه اي عن الميت صح ذبحها استحسانا عن الجميع
لوجود قصد القربة من الكل والتضحية عن الغير عرفت
قربة لانه عليه السلام ضحى عن امته والقياس ان لا يصح
وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز
من غيره وكذا صح لو ذبح بدنة عن اضحية ومتعة وقران
مع اختلاف جهات قربتهم عندنا لاتحاد المقصود وهو
القربة وفي التنوير وان كان شريك الستة نصرانيا او مريدا
اللحم لم يجز عن واحد منهم ويأكل من لحم اضحيته ويطعم من شاء
من غني وفقير لما روي عنه عليه السلام نهى عن اكل لحوم
الضحايا بعد ثلاث ثم قال كلوا وتزودوا وادخروا والنصوص
كثيرة تدل عليه واجماع الامة وندب ان لا ينقص الصدقة
عن الثلث لان الجهات ثلاث الاكل والادخار والتصدق
وهذا لا ينافي استحباب التصدق بما فوقه كالنصف
مثلا وتركه اي وندب ترك التصدق لذي عيال توسعة
عليهم اي على العيال وندب ان يذبح بيده ان احسن
الذبح لكونه عبادة والا اي ان لم يحسنه يأمر غيره بالذبح
كيلا يجعلها ميتة ويحضرها لقوله عليه السلام لفاطمة قومي
يا فاطمة فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة
من دمها كل ذنب ويكره ان يذبحها كتابي لانه قربة
ولنسي هو من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل
الذبح بخلاف المجوسي ويتصدق بجلدها لكونه جزءا

منها

منها او يعمله الة كجراب او خف او فرو لان الانتفاع به ليس
بحرام او يشتري به اي بالجلد ما ينتفع به مع بقائه اي بقاء
ما ينتفع به استحسانا كغربال ونحوه لان للبدل حكم المبدل
لا بما يستهلك اي لا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك
كخل ونحوه ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه
وعياله والمعنى انه لا يتصرف على قصد التمول والحم
بمنزلة الجلد في الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به الا بعد
الاستهلاك فان بدل اللحم او الجلد به اي بما ينتفع بالاستهلاك
بالاستهلاك جاز ويتصدق به لانتقال القربة الى البدل
ولقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له
ويكره اهمال البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة
على التسليم هذا قول الامام وعن ابي يوسف بيع الاضحية
او جلدها او لحمها باطل لانه بمنزلة الوقف وفي التنوير
ولا يعطي اجر الجزار منها ويكره جز صوفها قبل الذبح لينتفع
به بخلاف ما بعده ويكره الانتفاع بلبنها قبله ولو ذبح اضحية
غيره بغير امره جاز استحسانا ولا ضمان على الذابح ولا يجوز
قياسا وهو قول زفر لانه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن
كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب واذا ضمن لا يجزيه عن
الاضحية وجه الاستحسان انه لما اشتراها للاضحية فقد
تعينت للذبح اضحيته حتى وجب عليه ان يضحي بها فصار
مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح اذنا له دلالة لانه
ربما يعجز عن اقامتها لعارض يعرض له فصار كما اذا ذبح شاة
شد القصاب رجلها ليذبحها وان كانت تفوته المباشرة
وحضورها لكن يحصل له تعجيل البر وحصول مقصوده
بالتضحية بها عينه فيرضى به ظاهرا وفي شرح المجمع

قال العلامة الحموي في شرح الكنز ويأكل ... غنيا او فقيرا ... يجب عليه التصدق ... لا يأكل كذا نقل من شرح ...

ولو ذبح الراعي او الاجنبي شاة لا يرجى حياتها لا يضمن وقال
الصدر الشهيد يضمن ولو غلط اثنان فذبح كل شاة الاخر
صح ولا ضمان استحسانا ولا يصح قياسا ويضمن كل واحد
منهما لصاحبه لما مر قبيله ويتحللان يعني ياخذ كل واحد منهما
اضحيته ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله وان كانت
ماكولة يحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهم لانه لو اطعمه الكل
في الابتدا يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتها
وان تشاحا اي تنازعا بان اضحيتي اعظم واسمن ولم
يرضيا ضمن كل واحد منهما صاحبه قيمة لحمه لان التضحية
لما وقعت لصاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره
ضمنه وتصدق بها اي بتلك القيمة لانه بدل لحم الاضحية
وصحت التضحية بشاة الغصب دون شاة الوديعة
وضمنها لان في الغصب يثبت الملك من وقت الغصب
فكانت التضحية واردة على ملكه ولكن ياثم خلافا لزفر
وفي الوديعة يصير غاصبا بالذبح فيقع الذبح في غير الملك
فلم يثبت الملك الا بعد الذبح فكانت الاضحية واردة
على غير الملك كما في اكثر المعتبرات قال صدر الشريعة يصير
غاصبا بمقدمات الذبح كالاضطجاع وشد الرجل فيكون
غاصبا قبل الذبح وقال صاحب الدرر حقيقة الغصب
كما تقرر في موضعه ازالة اليد المحقة واثبات اليد
المبطلة وغاية ما يوجد في الاضطجاع وشد الرجل اليد
المبطلة ولا يحصل به ازالة اليد المحقة وانما يحصل
ذلك الذبح كما ذهب اليه الجمهور انتهى لكن الظاهر
تحقق ازالة اليد المحقة بالاضطجاع وشد الرجل
للذبح فانهما ليسا من احكام الوديعة ولا من شان

شان المودع

المودع تامل

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسايل كل واحد منهما لم تخل عن
اصل وفرع ترد فيه الكراهية الا ترى ان في وقت
الاضحية من ليالي ايام النحر وفي التصرف في الاضحية بجز
الصوف وحلب اللبن كما تقدم الكلام فيه وفي اقامة
غيره مقامه كيف تحققت الكراهة فناسب ذكر الكراهية
بعدها هي ضد الارادة والرضا في اللغة وانما لقبه بها
وفيه غير المكروه لان بيان المكروه اهم لوجوب الاحتراز
عنه ولقبه القدوري بالحظر والاباحة وهو حسن لان
الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه بيان ما اباحه
الشرع وما منعه ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه
بيان ما حسنه الشرع وقبحه وبعضهم بكتاب الزهد
والورع لان كثيرا من مسايله اطلقه الشرع والزهد
والورع تركها او في الشرع المكروه كراهة تحريم الى الحرام
اقرب عند الشيخين لتعارض الادلة فيه وتغليب جانب
الحرمة فيه فيلزمه تركه وتكلموا في المكروه والصحيح ما
قال الشيخان كما في جواهر الفتاوى وعند محمد كل مكروه
حرام ما لم يقم دليل على خلافه فلم يلفظ به اي لم يطلق عليه
لفظ الحرام في كتبه لعدم الدليل القاطع بل كتب بالكراهة
فتركه واجب كما في الحرام فالحرام ما منع عنه بدليل قطعي
وتركه فرض كشرب الخمر والمكروه ما منع بظني وتركه واجب
كاكل الضب فنسبة المكروه الى الحرام كنسبة الواجب الى
الفرض قال ابن الساعاتي في بحث الحكم وهو ان كان
طلب الفعل ينتهض تركه في جميع وقته سببا لاستحقاق
العقاب فوجوب او الفعل ينتهض فعله خاصة للثواب

فندب وخاصته يفيد ان الترك لا يترتب عليه شي او الترك
يصير فعله سببا لاستحقاق العقاب فتحريم او الترك
يصير تركه خاصة للثواب فكراهة وان لم يكن طلبا فان
كان تخييرا فاباحة والا فوضعي وقد علم بذلك حدودها
واعلم ان الكراهة على قسمين كراهة تحريم وكراهة
تنزيه ومشايخنا تارة يقيدونها وتارة يطلقونها فاما
المقيدة فلا كلام فيها والمطلقة فتحمل على التحريم فصل
في بيان احوال الاكل منه اي بعض الاكل وكذا الشرب
فرض وهو ما يندفع به الهلاك وفي تركه القا النفس
في التهلكة فان هلك فقد عصى وبه يتمكن اداء الفرائض
ويوجر على ذلك قال عليه السلام ان الله تعالى ليوجر
في كل شي حتى اللقمة يرفعها العبد وبعده مندوب
وهو ما زاد على ما يندفع به الهلاك ليتمكن من الصلاة
قائما ويسهل عليه الصوم لان الاشتغال بما يتقوى به
على الطاعة طاعة وسئل ابو ذر عن افضل الاعمال فقال
الصلاة واكل الخبز وبعضه مباح اي لا اجر فيه ولا وزر
وهو ما زاد منهما الى الشبع لزيادة قوة البدن وفي
القهستاني او اكل للسمن كره على ما قاله ابن مقاتل
وعن ابي مطيع لا باس باكله خبزا مكسورا في اللبن البارد
للسمن ولا شي على من رزق بدنا عظيما خلقة له من
غير ان يتعمد السمن ولو اكل الوان الطعام ثم تقيا فوجد
نافعا فلا باس به لانه علاج وبعضه حرام وهو الزايد
عليه اي على الشبع لانه اضاعة للمال وامراض للنفس
ولانه تبذير واسراف قال النبي عليه السلام لا خير
لا خير في الشبع ولا في الجوع خير الامور اوسطها الا لقصد
التقوي

التقوي على صوم الغد لان فيه فايدة او لئلا يستحي
الضيف لانه اذا امسك والضيف لم يشبع ربما استحى
فلا ياكل حيا او خجلا فلا باس باكله فوق الشبع لئلا يكون
ممن اسا القرى وهو مذموم عقلا وشرعا ولا يجوز
الرياضة بتقليل الاكل حتى يضعف عن العبادة قال
عليه السلام ان نفسك مطيتك فارفق بها وليس
من الرفق ان تجيعها وتذيبها وان ترك العبادة لا يجوز
فكذا ما يفضي اليه واما تجويع النفس على وجه لا يعجز
عن اداء العبادات فهو مباح كما في الاختيار ومن
امتنع من الميتة حال المخمصة او صام فلم ياكل حتى مات
اثم لانه اتلف نفسه لما بينا انه لا بقاء له الا بالاكل والميتة
حال المخمصة اما حلال او مرفوع الاثم فلا يجوز الامتناع
عنه اذا تعين لاحياء النفس وروي ذلك عن مسروق
وجماعة من العلما والتابعين واذا كان ياثم بترك
الميتة فما ظنك بترك الذبيحة وغيرها من الحلالات
حتى يموت جوعا كما في الاختيار وفي البزازية خاف
الموت جوعا او عطشا ومع رفيقه طعام او ما اخذ
بالقيمة منه قدر ما يسد جوعته او عطشه فان امتنع
قاتل بلا سلاح وان الرفيق يخاف الموت جوعا وعطشا
ايضا ترك له البعض بخلاف من امتنع من التداوي
حتى مات فانه لا ياثم لانه لا يتيقن بان هذا الدواء
يشفيه ولعله يصح من غير علاج كما في الاختيار ولا
باس بالتفكه بانواع الفاكهة لقوله تعالى كلوا من
طيبات ما رزقناكم وتركه افضل لئلا تنقص درجته
واتخاذ الوان الاطعمة سرف دل عليه قوله تعالى

اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا وكذا اسرف وضع
الخبز على المائدة اكثر من قدر الحاجة وفي المحيط من
الاسراف الاكثار في الوان الطعام فانه منهي الا اذا
قصد قوة الطاعة او دعوة الاضياف قوما بعد قوم
حتى ياتوا على آخره لان فيه فائدة ومن السرف ان ياكل
وسط الخبز ويدع جوانبه وترك اللقمة الساقطة من
المائدة بل يرفعها اولا ويأكل قبل غيرها ولا ياكل طعاما
حارا ولا يشم ويكره الترياق ان كان شيء من الحيات وكذا
ويكره معالجة الجراحات بعظم انسان او خنزير لانهما محرم
الانتفاع وفي البزازية ولو وضع العجين على الجرح ان علم
فيه شفاء لا باس به والذي يرعف ولا يرقا ان يكتب
شيا من القران على جبهته ولو بالبول او على جلد ميتة
ان فيه شفاء ومسح الاصابع والسكين بالخبز ووضع
المملحة عليه اي على الخبز مكروه لا الملح وكذا وضع الخبز
تحت القصعة لان فيه اهانة للخبز وقد امرنا باكرامه
وفي الهدية اختلفوا في جواز وضع القصعة على
الخبز ومسح اليد بالخبز واكله بعده وفي البزازية ولا
يعلق الخبز بالخوان بل يوضع بحيث لا يعلق ولا يكره قطع
اللحم والخبز بالسكين وسنة الاكل البسملة في اوله
والحمدلة في آخره فان نسي البسملة فليقل اذا ذكر
بسم الله على اوله وآخره بجميع ذكره ورد الاثر وهو شكر
المؤمن اذا رزق قال عليه السلام ان الله يرضى من
عبده المؤمن اذا قدم اليه طعام ان يسمي الله في اوله
ويحمد الله في آخره وغسل اليدين قبله وبعده اي
قبل الطعام وبعده قال عليه السلام الوضوء قبل
الطعام

الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم والوضوء هنا غسل
اليدين ويبدأ بالشباب قبله اي قبل الاكل لئلا
ينتظر اليهم الشيوخ وبالشيوخ بعده وهو ادب لما فيه
اكرام لهم فلا يمسح يده قبل الطعام بالمنديل ليكون اثر
الغسل باقيا وقت الاكل ويمسحها بعده ليزول اثر الطعام
بالكلية ولا يحل شرب لبن الاتان بالفتح وهي انثى الحمر
الاهلية لكون اللبن متولدا من اللحم فاخذ حكمه ولا
ياكل الجلالة ولا يشرب لبنها لانه عليه السلام نهى عن
اكلها وشرب لبنها وفي التنوير لو سقي ما يؤكل لحمه خمرا
فذبح من ساعته حل اكله ويكره ولا يحل بوله اصلا ف
اذ عند الامام حرام لكون الاصل في البول حرمة وقد
علم النبي عليه السلام شفاء العرنيين بالوحي فالشفاء
غيرهم غير معلوم فيبقى على الاصل وعند ابي يوسف يحل
التداوي بشربه لما روي ان قوما من عرينة مرضوا
في المدينة فامرهم عليه السلام بان يلحقوا المرعى
ويشربوا من ابوال الابل والبانها وعند محمد يحل مطلقا
اذ لو كان حراما لا يجوز به التداوي لقوله عليه السلام
ما وضع شفاؤكم فيما حرم عليكم ولا يحل استعمال اناء ذهب
او فضة لرجل وامراة لقوله عليه السلام فيما شرب
منه انما يجرجر في بطنه نار جهنم وقيل يجرجر بمعنى يدفق
فيكون نار جهنم مفعولا وقيل بمعنى يصوت من جرجر
الجمل اذا ردد صوته في حنجرته فيكون نار فاعلا فاذا
ثبت ذلك في الاكل والشرب فكذا في التطيب وغيره لانه
مثله في الاستعمال ويستوي الرجال والنساء لاطلاق
الحديث وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال

بمثله ومما اشبه ذلك وفي الذخيرة الادهان المحرمات
بالغالية الذهب والفضة فيصب الدهن على الراس
اما اذا ادخل يده واخذ الدهن ثم صبه على الراس من
اليد لا يكره كما في النهاية وفي التسهيل وعلى هذا لو اخذ
الطعام من انية الذهب والفضة بلعقة ثم اكله منها
الملعقة ينبغي ان لا يكره وكذا لو اخذه بيده واكل لكن
في المدرد تفصيل فليطالع ويحل استعمال انا عقيق
وبلور وزجاج ورصاص عندنا لعدم التفاخر بمثل
هذه الانية عادة لانها ليست من جنس الاثمان
وقال الشافعي يكره لحصول التفاخر كالحجرين قلنا
لا نسلم ولئن كانت عادتهم جارية بالتفاخر في غيرهما
فلم تكن هذه الاشياء في معناهما فامتنع الالحاق بهما
ويجوز استعمال الاواني من الصفر في النبيين ويمكن
ان يستدل به على اباحة غير الذهب والفضة لانه في
معناه بل عينه

فصل في الكسب

وفي الاختيار
قال محمد بن سماعة سمعت محمد بن الحسن يقول طلب
الكسب فريضة كما ان طلب العلم فريضة وهذا صحيح
لما روى ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي عليه
السلام انه قال طلب الكسب فريضة على كل مسلم
ومسلمة وقال عليه السلام طلب الكسب بعد
الصلاة المكتوبة اي الفريضة بعد الفريضة ولانه
لا يتوسل الى اقامة الفرض الا به وكان فرضا لانه لا
يتمكن من اداء العبادات الا بقوة بدنية وقوة
بدنه بالقوة مادة وخلقة وتحصيل القوة بالكسب
ولانه يحتاج في الطهارة الى الة الاستقاء والانية
وفي الصلاة

في الصلاة الى ما يستر عورته وكل ذلك انما يحصل عادة
بالاكتساب والرسل عليهم الصلاة والسلام كانوا
يكتسبون وكذا الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم ولا يلتفت
الى قول جماعة انكروا ذلك وتمامه فيه ان شئت فلتراجع
وطلب العلم فريضة ايضا على كل مسلم ومسلمة قال في
الخلاصة حكي عن ابي مطيع انه قال النظر في كتب اصحابنا
من غير سماع افضل من قيام ليلة وفي البزازية طلب
العلم فريضة والفقه اذا صحت النية افضل من جميع
افعال البر وكذا الاشتغال بزيادة العلم اذا صحت
النية وهو اقسام فرض وهو مقدار ما يحتاج اليه
لاقامة الفرائض ومعرفة الحق والباطل والحلال والحرام
ومستحب وقربة كتعليم ما لا يحتاج اليه لتعليم من
يحتاج اليه ومباح وهو الزيادة على ذلك للزينة
والكمال ومكروه وهو التعلم ليباهي به العلماء ويماري
به السفهاء وقد ذكره الامام تعلم الكلام والمناظرة فيه
وراء قدر الحاجة وفي البزازية وتعلم علم النجوم لمعرفة
القبلة واوقات الصلاة لا باس به والزيادة حرام
والحيلة والتمويه في المناظرة ان يكلم مسترشدا منصفا
بلا تعنت لا يكره وكذا ان غير مسترشد لكنه منصف
غير متعنت فان اراد بالمناظرة طرح المتعنت لا باس
به ويحتال كل الحيلة للدفع عن نفسه التعنت والتعنت
لدفع المتعنت مشروع وفي الهستاني وتعلم المنطق
كشرب الخمر وفي قوت القلوب جعل الجهلاء اصحاب المنطق
علماء انتهى والتعليم بقدر ما يحتاج اليه لاقامة الفرض
فرض ولا يجب على الفقيه ان يجيب عن كل ما يسال

عنه اذا كان هناك من يجيب عنه فان لم يكن غيره يلزمه
الجواب لان الفتوى والتعليم فرض كفاية افضله اي
افضل الكسب الجهاد لان فيه الجمع بين حصول الكسب
واعزاز الدين وقهر عدو الله ثم التجارة لان النبي عليه
السلام حث عليها فقال التاجر الصدوق مع الكرام البررة
ثم الحراثة واول من فعله آدم عليه السلام ثم الصناعة
لانه عليه السلام حرض عليها فقال الحرفة امان من الفقر
ومنه اي وبعض الكسب فرض وهو اي الكسب قدر الكفاية
لنفسه وعياله وقضاء ديونه لما بينا انه لا يتوسل الى
اقامة الفرض الا به خصوصا الى قضاء الدين ونفقة
من يجب عليه نفقته فان ترك الاكتساب بعد ذلك
وسعه وان اكتسب ما يدخره لنفسه وعياله فهو في سعة
لان النبي عليه السلام ادخر قوت عياله سنة كما في
الاختيار ومستحب وهو الزائد عليه اي على قدر
الكفاية ليواسي به اي بالزائد فقيرا او يصل به قريبا فانه
افضل من التخلي لنفل العبادة لان منفعة النفل
تخصه ومنفعة الكسب له ولغيره قال عليه السلام
الناس عيال الله في الارض واحبهم اليه انفعهم لعياله
ومباح وهو الزيادة للتجمل والتنعم قال عليه السلام
نعم المال الصالح للرجل الصالح وقال عليه السلام من
طلب الدنيا حلالا متعففا لقي الله تعالى ووجهه كالقمر
ليلة البدر كما في الاختيار وحرام وهو الجمع للتفاخر
والبطر وان كان من حل قال عليه السلام
من طلب الدنيا مفاخرا مكاثرا لقي الله وهو عليه
غضبان وينفق على نفسه وعياله بلا اسراف ولا تقتير
ولا يتكلف

ولا يتكلف لتحصيل جميع شهواتهم ولا يمنعهم جميعا بل يكون
وسطا قال الله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم
يقتروا وكان بين ذلك قواما ولا يستديم الشبع قال عليه
السلام اجوع يوما واشبع يوما ومن قدر على الكسب لزمه
اي الكسب لما بيناه انفا وان عجز عنه اي الكسب لزمه السؤال
لانه نوع اكتساب لكن لا يحل الا عند العجز قال عليه السلام
السؤال اخر كسب العبد فان تركه اي السؤال وهو قادر
عليه حتى مات من جوعه اثم لانه القى بنفسه الى التهلكة فان
السؤال يوصله الى ما تقوم به نفسه في هذه الحالة كالكسب
ولا ذل في السؤال في هذه الحالة وان عجز عنه اي عن الكسب
يفترض على من علم به اي بعجزه ان يطعمه او يدل عليه من
يطعمه صونا له عن الهلاك فان امتنعوا من ذلك حتى مات
اشتركوا في الاثم واذا اطعمه واحد سقط عن الباقين
ومن كان له قوت يومه لا يحل له السؤال ويكره اعطاء سؤال
جمع سائل اذا زحم ناس المسجد فقد جاء في الاثر ينادي
يوم القيامة ليقم من يبغضه الله فيقوم سؤال المسجد
وقيل ان كان اي السائل في المسجد لا يتخطى رقاب الناس
ولا يمر بين يدي المصلي لا يكره اعطاؤه وهو المختار كما في
الاختيار فقد روي انهم كانوا يسألون في المسجد على
عهد رسول الله عليه السلام حتى روي ان عليا رضي
الله عنه تصدق بخاتمه في الصلاة ولا يجوز قبول هدية
امراء الجور لان الغالب في مالهم الحرمة الا اذا علم ان
اكثر ماله من حل بان كان صاحب تجارة او زرع فلا بأس
به وفي البزازية غالب مال المهدي ان حلالا لا بأس
بقبول هديته واكل ماله ما لم يتبين انه من حرام لان

اموال الناس لا يخلو عن حرام فيعتبر الغالب وان غالب
مال اهدى حراما لا يقبلها ولا يأكل الا اذا قال انه حلال
ورثته او استقرضته ولهذا قال اصحابنا لو اخذ مورثه
رشوة او ظلما ان علم وارثه ذلك بعينه لا يحل له اخذه
وان لم يعلم بعينه له اخذه حكما لا ديانة فيتصدق به بنية
الخصما وفي الخانية وقال الحلواني وكان الامام ابو القاسم
الحكيم يأخذ جوائز السلطان والحيلة فيه ان يشتري
شيئا بمال مطلق ثم ينقده من اي مال شاء كذا رواه الثاني
عن الامام وعن الامام المبتلى بطعام الظلمة يتحرى
ان وقع في قلبه حله قبل واكل والا لا لقوله عليه السلام
استفت قلبك الحديث وجواب الامام فيمن به ورع وصفا
قلب ينظر بنور الله تعالى ويدرك بالفراسة وفي الخلاصة
السلطان اذا قدم شيئا من المأكولات ان اشتراه يحل وان
لم يشتره ولكن الرجل لا يعلم ان في الطعام شيئا مغصوبا
بعينه يباح اكله وفي الخانية رجل غصب لحما فطبخه او
حنطة فطحنها قال ابو بكر البلخي يحل له اكله وعليه
الضمان في قول الامام وهذا الظاهر قوله لان على
قول الامام ومحمد اذا غصب حنطة فطحنها او لحما فطبخه
ينقطع حق المالك ويصير ملكا للغاصب وقال ابو يوسف
الكل حرام قبل ان يرضي صاحبه ولا يكره اجارة بيت
بالسواد اي بالقرية ليتخذ بيت نار او كنيسة او بيعة
او يباع معطوف على قوله ليتخذ اي ليباع فيه الخمر
عند الامام لان الاجارة واردة على منفعة البيت
ولا معصية فيه وانما معصية بفعل المستأجر وهو فعل
الفاعل المختار فقطع نسبته منه كبيع الجارية لمن
لا يستبرئها

لا يستبرئها او يأتيها من دبرها او بيع الغلام من اللوطي
كما في التبيين وغيره فهذا اصريح في جواز بيع الغلام
من اللوطي والمنقول في كثير من المعتبرات انه يكره
وعندهما يكره ان يؤجر بيتا لشيء من ذلك لانه اعانة
على المعصية وبه قالت الائمة الثلاثة قالوا ان ما ذكره
الامام مختص بسواد الكوفة لان اغلب اهلها ذمي واما
في سوادنا فاعلام الاسلام ظاهرة فلا يمكنون من
اجارة البيت ليتخذه معبدا ومفسقا في الاصح كما لا يمكنه
في الامصار لعدم الاذن من الحكام فيما يغلب فيه شعائر
الاسلام وعن هذا قال ويكره في المصر اجماعا وكذا في
سواد غالبه اهل الاسلام ملما مرادان شعائر الاسلام
ظاهرة ومن حمل الذمي خمرا باجر طاب له عند الامام
وعندهما يكره له ذلك لوجود الاعانة وقد صح ان النبي
عليه السلام لعن في الخمر عشرا وعد منها حاملها والمحمولة
اليه وله ان المعصية في شربها لا في حملها مع ان الحمل
يحمل على الاراقة او التخليل والحديث محمول على الحمل
المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف اذا اجر دابة
لتنقل عليها الخمر او اجر نفسه ليرعى الخنازير ولا بأس
ببيع الزنار من النصارى والقلنسوة من المجوسي ولو
ان اسكافا امره انسان ان يتخذ له خفا على زي
المجوس او الفسقة او خياطا امره انسان ان يخيط له
ثوبا على زي الفساق يكره له ان يفعل ذلك ولا بأس
بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة
دابته والقياس ان لا يجوز لانه تبرع والعبد ليس من
اهله لكن جوز في الشيء اليسير للضرورة استحسانا كما م

في المأذون وكره قبول كسوته ثوبا واهدائه احد النقدين
لانه لا ضرورة في الشي الكثير كالدراهم والثياب فيبقى
على الاصل وهو عدم الجواز ويقبل في المعاملات قول
الفرد ولو وصلية كان انثى او عبدا او فاسقا او كافرا قوله
اي قول الفرد شريت اللحم من مسلم او كتابي فيحل او شريته
من مجوسي فيحرم هذه العبارة اولى من عبارة الكنز وهو
قوله ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة لان شارحه
الزيلعي قال هذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات
وانما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة انتهى لكن
حمله على المساهلة اولى من حمله على السهو فيكون المراد
يقبل قول الكافر فيما يؤدي الى الحل والحرمة لانه قال
العيني اراد بالحل الحل الضمني وبالحرمة الحرمة الضمنية
لانه انما هو حاصل مسئلة في الهداية وهو قوله
ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال
اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان
قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره
عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة
ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير
ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير
الكتابي والمسلم لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في
الحرمة ومراد الشيخ في الحل والحرمة هو هذا اعني لما قبل
قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة فافهم قال صاحب
المنح ويقبل قول الفاسق والكافر في المعاملات
لانها يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو
شرطنا شرطا زائدا ادى الى الحرج فيقبل قوله مطلقا
دفعا

دفعا للحرج كما اذا اخبر انه وكيل فلان في بيع كذا فيجوز
الشرا منه وكذا في الوكالات والمضاربات ونحوها
وهذا اذا غلب على الراي صدقه اما اذا غلب عليه
كذبه فلا يعتمد عليه ويقبل قول العبد والامة
والصبي في الهدية بان قال العبد او الامة او الصبي
هذه هدية اهداها سيدي او ابي يجوز ان ياخذها
لان الهدايا تبعث عادة على ايديهم ولا يقبل قولهم
في الاذن بان قال العبد او الامة والصبي المميز
اذن لي مولاي في البيع والشرا يجوز لمن سمع ويريد
معاملته مع الغير ان يبيع ويشتري منه والا يودي
الى الحرج في استحضار الشهود في مواضع العقود
وشرط العدل في الديانات لانه لا يكثر وقوعها فلا
حرج في اشتراط العدالة فلا حاجة الى قبول قول الفاسق
لانه متهم فيه كالخبر عن نجاسة الما فيتيمم لا التوضي
ان اخبر بها مسلم عدل ولو وصلية كان انثى او عبدا
لترجح جانب الصدق في خبره لظهور عدالته ويتحرى
في الفاسق بنجاسة الما بنجاسة الما وفي خبر المستور
يعمل بغالب رايه وان وقع في قلبه صدقه يتيمم
وان وقع فيه كذبه يتوضا لترجح جانب الكذب ولو
اراق الما الذي اخبر بنجاسته فاسق او مستور فيتيمم
عند غلبة صدقه وتوضا معطوف على قوله اراق والمعنى
لو لم يرق الما وتوضا ويتيمم عند غلبة كذبه كان احوط
كما في شرح الوقاية وغيره وفي الجوهرة وهذا جواب الحكم
اما الاحتياط يتيمم بعد الوضو

فصل في اللبس

لما فرغ من مقدمات مسايل الكراهة ذكر تفصيل ما يحتاج

لانه الانسان له قدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه
الكسوة منها فرض وهو اي ما هو فرض ما يستر العورة
ويدفع ضرر الحر والبرد قال الله تعالى خذوا زينتكم عند
كل مسجد اي ما يستر عوراتكم عند الصلاة ولانه
لا يقدر على اداء الصلاة الا بستر العورة وخلقه
لا يحتمل الحر والبرد فيحتاج الى دفع ذلك بالكسوة فصار
نظير الطعام والشراب فكان فرضا كما في الاختيار
والاولى كونه من القطن او الكتان وهو المأثور
وهو ابعد عن الخيلا بين النفيس والخسيس لئلا
يحتقر في الدين فلا تأخذه الخيلا في النفيس وعن
النبي عليه السلام انه نهى عن الشهرتين وهو ما
كان في نهاية النفاسة وما كان في نهاية الخساسة
وخير الامور اوساطها ومستحب وهو الزائد على قدر
الضرورة وفي المنح وهو ما يحصل امثل الزينة في
الازار والرداء والعمامة والقميص الرقيق ونحوها
لاخذ الزينة المأمور به بقوله تعالى خذوا زينتكم
الاية واظهار نعمة الله تعالى خصوصا اذا كان ذا علم
ومروءة وفي القنية العمامة الطويلة ولبس الثياب
الواسعة حسن في حق الفقهاء الذين هم اعلام الهدى
دون الشباب الاصح ان يلبس احسن ثيابه للصلاة
وفي الحديث صلاة مع عمامة خير من سبعين صلاة
بغير عمامة وروي من صلى وجبينه مستور وكانه نظيرا
ممن صلى سبعين صلاة وجبينه مكشوف قال عليه
السلام ان الله يحب ان يرى اثر نعمته على عبده
ومباح وهو الثوب الجميل للتزين في الجمع والاعياد

وفي مجامع

كراس ٤٤

١٣١ ع

ومجامع الناس اذا لم يكن للتكبر وكذا اجمع للمال اذا كان
من حلال لان النبي عليه السلام خرج وعليه رداء
قيمته الف درهم وربما قام عليه السلام الى الصلاة
وعليه رداء قيمته اربعة الاف درهم وكان الامام
يرتدي برداء قيمته اربعمائة دينار وكان يقول للتلامذة
اذا رجعتم الى بلادكم فعليكم بالثياب النفيسة وعن
قال السرخسي يلبس الغسيل في عامة الاوقات ويلبس
الاحسن في بعض الاوقات اظهارا للنعمة الله تعالى حتى
لا يؤذي المحتاجين كما في البزازية وفي القنية وعن
النخعي كان يخرج من بيته في ثياب حسنة واصحابه
يقولون حتى نعرف حقيقة انه يحل له الان اكل الميتة
ومكروه وهو اللبس للتكبر والخيلاء لقوله عليه السلام
لمقداد بن معدي كرب كل والبس واشرب من غير مخيلة
ويستحب الثوب الابيض والاسود لقوله عليه السلام
ان الله يحب الثياب البيض وانه خلق الجنة بيضاء
وقد روي انه عليه السلام لبس الجبة السوداء
والعمامة السوداء يوم فتح مكة ولا بأس بالازرق
وفي الشرعة ولبس الاخضر سنة ويكره الثوب الاحمر
والمعصفر للرجال لانه عليه السلام نهى عن لبس
الاحمر والمعصفر وفي المنح ولا بأس بلبس الثوب الاحمر
وبه صرح ابو المكارم في شرح النقاية وهذا ظاهر
في ان المراد بالكراهة كراهة التنزيه لانها ترجع الى
خلاف الاولى كما صرح به كثير من المحققين لان كلمة
لا بأس تستعمل غالبا فيما تركه اولى كما قاله بعض اهل
التحقيق لكن صرح صاحب تحفة الملوك بالحرمة فافاد

ان المراد كراهة التحريم وهو المحمل عند الاطلاق والسنة
ارخاء طرف العمامة بين كتفيه هكذا فعله عليه السلام
قدر شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس
واذا اراد تجديد لفها نقضها كما لفها ولا يلقيها على
الارض دفعة واحدة هكذا نقل من فعله عليه
السلام كما في الاختيار ويحل للنساء لبس الحرير لا يحل للرجال
ولو حائل بينه وبين بدنه على المذهب كما في التنوير
لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج
وقال انما يلبسه من لا خلاق له اي لا نصيب له في
الاخرة وانما للنساء بحديث اخر وهو ما رواه عدة
من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه ان
النبي عليه السلام خرج وباحدى يديه حرير
وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي
حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو
وعن هذا قال الا قدر اربع اصابع مضمومة فلا يحرم
فهو استثناء من قوله ولا يحل وفي القنية من اصابع
عمر رضي الله عنه وذلك قيس شبرنا يرخص فيه وفي
المنح القليل من الحرير عفو وهو مقدار ثلاث اصابع
او اربع يعني مضمومة وذلك كالاعلام لان الناس
يلبسون الثياب وعليها الاعلام والطراز في تيكة
الاعصار من غير نكير وان كان اكثر من الاربع فهو
مكروه وقد روي ان النبي عليه السلام لبس جبة
مكفوفة بالحرير وروي انه لبس فروة اطرافها من
الديباج وكان المعنى في ذلك انه تبع كما في السراج
وفي السير الكبير العلم حلال مطلقا صغيرا كان

اوكبيرا

اوكبيرا انتهى هذا مخالف لما وقع في كثير من المعتبرات من
التقييد بثلاث اصابع او اربع وفيه رخصة عظيمة
لمن ابتلي بذلك في الاشراف والعظماء وكذلك اذا كان
في طرف قلنسوة لا باس به اذا كان قدر اربع اصابع
او دونها في ظاهر المذهب كما في القنية وعن محمد
لا ينبغي ذلك في القلنسوة وان كان اقل من اربع
اصابع وفي المجتبى وانما رخص الامام في العلم في عرض
الثوب قلت فهذا يدل على ان القليل في طوله
يكره وبه جزم المولى خسرو لكن اطلاق الهداية وكثير
من المعتبرات مخالفة وفي القنية عن برهان صاحب
المحيط ان عند الامام لا يكره لبس الحرير اذا لم يتصل
بجلده حتى لو لبسه فوق قميص من غزل ونحوه لا يكره
عنده فكيف اذا لبسه فوق قباء او شيء اخر محشو
او كانت جبة من حرير بطانتها ليس بحرير ولو لبسها
فوق قميص غزلي قال رضي الله عنه وفي هذا رخصة
عظيمة في موضع عم به البلوى ولكن طلبت هذا القول
عن الامام في كثير من الكتب فلم اجد سوى هذا ثم
قال نقلا عن الحلوائي قال ومن الناس من يقول
انما يكره الحرير اذا كان يمس الجلد وما لا فلا وعن ابن
عباس رضي الله عنهما انه كان عليه جبة من حرير
فقيل له في ذلك فقال الا ترى الى ما يلي الجسد وكان
تحته ثوب من قطن ثم قال الا ان الصحيح ان الكل
حرام وفي الجامع للبزدوي ومن الناس من اباح لبس
الحرير والديباج للرجال ومنهم من قال هو حرام على
النساء ايضا وعامة الفقهاء على انه يحل للنساء دون

الرجال انتهى قال عبد البر في شرح الوهبانية بعد
حكايته لما قدمنا عن القنية قلت وفي حفظي من
خزانة الاكمل ما لفظه قال الامام ومحمد لا باس
بلبس الحرير وقلنسوة الثعالب انتهى وهذا مطلق
وفيه زيادة محمد مع الامام كما في المنح وفي التنوير
والثوب المنسوج بذهب يحل اذا كان هذا المقدار
والا لا ولا باس بكلة ديباج للرجال لانها كالبيت
وكذا لا باس بملاءة حرير توضع في مهد الصبي
لانه ليس بلبس وفي القنية تكره التكة المعمولة
من الابريسم هو الصحيح وكذا القلنسوة وان كانت
تحت العمامة والكيس الذي يعلق لكن في الفتاوى
الصغرى والذخيرة وشرح القدوري لا تكره التكة
من الحرير عند الامام وعن ابي يوسف تكره واختلف
في عصابة الجراحة بالحرير وعن محمد لا باس ان يكون
عروة القميص وزره من الحرير وهو كالعلم يكون في
الثوب ومعه غيره فلا باس به وان كان وحده كرهته
واكره تكة الحرير لانها تلبس وحدها لانه اذا كان معه
غيره فاللبس لا يكون مضافا اليه بل يكون تبعا في
اللبس والمحرم هو اللبس للحرير كما في المحيط وفي
القهستاني ولا باس ان يشد خمارا اسود من الحرير
على العين الرامدة او الناظرة الى الثلج وكذا لو
صلى على سجادة من الابريسم لم يكره فان الحرام
هو اللبس اما الانتفاع بسائر الوجوه فليس
بحرام ولا باس للرجال والنساء بتوسده اي باتخاذ
الحرير وسادة وافتراشه اي اتخاذه فراشا والنوم

عليه

عليه وكذا ستر الحرير وتعليقه على الابواب عند
الامام خلافا لهما لعموم النهي ولانه من زي الاكاسرة
والجبابرة والتشبه بهم حرام كما قال عمر اياكم وزي
الاعاجم وبه قالت الائمة الثلاثة وهذا الخلاف على
قول القدوري وصاحب المنظومة والمجمع وذكر في
الجامع الصغير الخلاف بين الامام ومحمد وذكر ابو
الليث ابا يوسف مع الامام ولهما ما روي انه عليه
السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط
عبد الله بن عباس رضي الله عنه مرفقة حرير ولان
القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من
اللبس وهو التوسد والافتراش ولانه ليس باستمتاع
كامل بل استمتاع على سبيل الامتهان فكان قاصرا
عن معنى الاستمتاع والتزين فلم يتعد حكم التحريم
من اللبس الذي هو في الاستمتاع اليه بل فلم يحرم
بل كان ذلك تقليلا للبس وخروجا وترغيبا في نعيم
الاخرة فنظيره انكشاف العورة في الصلاة فان
القليل منه لا تفسد وكذا الكثير في الزمان القليل
كما في الطلب وغيره ولا باس بلبس ما سداه بالفتح
اي ما سد من الثوب بالفارسية تان وتار ابريسم
بكسر الهمزة وسكون الباء وكسر الراء وفتحها وحركات
السين المهملة عربي او معرب ولحمته ما ادخل بين
السدى غيره اي غير الابريسم سواء كان مغلوبا
او غالبا او مساويا للحرير كالقطن والكتان والصوف
يعني في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا
يلبسون مثل هذا ولان الثوب يصير بالنسج عم

والنسج باللحمة فهي معتبرة لكونها علة قريبة فيضاف
الحكم من الحل والحرمة اليها دون السدى فتكون
العبرة لما يظهر دون ما يخفى وقيل لا يلبس
الا اذا غلب اللحمة على الحرير والصحيح الاول وهذا
بالاجماع وعكسه اي ما لحمته ابريسم وسداه غيره
لا يلبس الا في الحرب لا في غيره وهذا ايضا
بالاجماع للضرورة ويكره لبس خالصه اي الحرير
فيها اي في دار الحرب عند الامام خلافا لهما
فان عندهما يجوز لما روي انه عليه السلام
رخص لبس الحرير والديباج في الحرب ولان
فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمضرة
السلاح واهيب في عين العدو لبريقه وله
اطلاق النصوص الواردة في النهي عن لبس
الحرير والضرورة اندفعت بالمخلوط الذي
لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص منه وفي
المنح وهذا اذا كان الثوب صفيقا لا يحصل
به اتقاء العدو في الحرب اما اذا كان
رقيقا لا يحصل منه الاتقاء فان لبسه لا يحل
بالاجماع لعدم الفائدة ولا باس بلبس الفرو كلها
من جلود السباع والانعام وغيرها من الميتة
المدبوغة والذكية وكذلك الصوف والوبر
واللبد لانها عين طاهرة مباحة وقال
ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين الفرو
والظهارة البطانة ورخص حشو القز ايضا لان الثوب

لو الاول

ملبوس

ملبوس والحشو غير ملبوس ويجوز للنساء التحلي بالذهب
والفضة لا يجوز للرجال اما بالذهب فلما روينا واما
بالفضة فلانها في معنى الذهب في التزين ووقوع
التفاخر بها الا الخاتم على هيئة خاتم الرجال فاذا
كان له فصان او اكثر حرام والمنطقة وحلية
السيف من الفضة لانها مستثناة مما لا يجوز
للرجال تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت
عن الذهب لانها من جنس واحد وقد ورد آثار
في جواز التختم بالفضة وكان النبي عليه
السلام اتخذ خاتما من فضة وكان في يده حتى
توفي ثم في يد ابي بكر الى ان توفي ثم في يد عمر الى
ان توفي ثم في يد عثمان رضي الله عنه الى ان
وقع من يده في البئر فانفقوا مالا عظيما في طلبه
فلم يجدوه وقالوا وان قصد بالتختم التجبر فمكروه
ونحو الاضطرار يسن ان يكون الخاتم على قدر
مثقال او دونه ولا بمسمار الذهب في ثقب
الفص لانه تابع كالعلم في الثوب ولا يعد لابسا
له ولا الكتابة في الثوب بذهب لانه تبع للثوب
ولا حكم له وفيه خلاف ابي يوسف ولا يشد السن
بالذهب عند الامام خلافا لهما وفي الهداية
ولا يشد الاسنان بالذهب ويشد بالفضة وهذا
عند الامام وقال محمد لا باس بالذهب ايضا وعن
ابي يوسف مثل قول كل منهما فلهذا افاد في
التبيين عند الامام وابي يوسف لان الحرم لا
يباح الا للضرورة وهي تندفع بالفضة وقال

وقال محمد يجوز بالذهب ايضا لما روي عن عرفجة
ابن سعد أصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من
فضة فانتن فامره عليه السلام ان يتخذ انفا من
ذهب وبه قالت الائمة الثلاثة قلنا الكلام في السن
والمروي في الانف ولا يلزم من عدم الاغناء في
الانف عدم الاغناء في السن الا يرى ان التختم
جاز لاجل الختم ثم لما وقع الاستغناء بالادنى لا يصار
الى الاعلى ولا يجوز قياسه على الانف فكذا هنا
ويحتمل انه عليه السلام خص عرفجة بذلك كما خص
زبير وعبد الرحمن رضي الله عنهم بلبس الحرير لاجل
الحكة في جسمهما ولا يتختم بحجر ولا صفر ولا حديد لما روي
ان النبي عليه السلام نهى عن الختم من هذه الانواع
وقيل يباح بالحجر اليشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل
الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه كما في
الهداية وفي الدرر نقلا عن السرخسي والاصح انه لا
باس به كالعقيق فانه عليه السلام كان يتختم
بالعقيق فانه مبارك وفي الخانية والصحيح انه لا باس
به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر
وتمامه فيه فليطالع وفي المنح لانه حل العقيق لما ثبت
حل ساير الاحجار لعدم الفرق بين حجر وحجر لكن يجوز
التختم ان كان الحلقة من الفضة والفص من الحجر
سوا كان عقيق او زبرجدا او غير ذلك لكونه
تابعا ولان القوام بها ولا يعتبر بالفص ويجعل الفص
الى باطن كفه بخلاف المراة لانه للزينة في حقها
ويلبس خاتمه في اليسرى لا في اليمنى والاولى عن حفص
اليسرى من اصحابه وسوى الفقيه ابو الليث بين
اليمين

اليمين واليسار وهو الحق لاختلاف الروايات وترك التختم
افضل لغير السلطان والقاضي لعدم احتياجه اليه
بخلاف السلطان والقاضي كما في الهداية وفي المنح
وظاهر كلامهم انه لا خصوصية لهما بل الحكم في كل ذي
حاجة كذلك فلو قيل وترك التختم افضل لغير ذي
حاجة اليه ليدخل فيه المباشر ومتولي الاوقاف
وغيرهما ممن يحتاج الى الختم لضبط المال كان اعم
فائدة كما لا يخفى انتهى لكن ذكر الشيء لا ينافي جريان
الحكم على غير هذا الشيء عند وجود العلة هي الحاجة
والضرورة خصوصا في امر الاستحباب تدبر ويجوز
الاكل والشرب من اناء مفضض والجلوس على سرير
مفضض بشرط اتقاء موضع الفضة بان لا تكون الفضة
في موضع الفم عند الاكل والشرب وقيل ينبغي موضع
الفم واليد وفي موضع الجلوس عنده هذا عند الامام
ويكره ذلك عند ابي يوسف مطلقا وعند محمد روايتان
في رواية مع الامام وفي رواية مع ابي يوسف وعلى
هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي
المضبب بهما وكذا اذا فعل ذلك في السقف والمسجد
وحلقة المراة وجعل المصحف مذهبا او مفضضا كما
لو جعله في نصل سيف وسكين او في قبضتهما او في لجام
او ركاب ولم يضع يده موضع الذهب والفضة كما في
التنوير وفي الهداية وغيرها وهذا الاختلاف فيما
يخلص اما التمويه الذي لا يخلص فلا باس به بالاجماع
لانه مستهلك فلا عبرة لبقاء لونهما ان مستعمل
جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل

في موضع الذهب والفضة وللامام ان ذلك تابع ولا معتبر
بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب
ويكره الباس الصبي ذهبا او حريرا لئلا يعتاده
والاثم على الملبس كالخمر فان سقيه الصبي حرام كشربها
وكذا الميتة والدم وفي التنوير لا باس بلبس الصبي
اللؤلؤ وكذا البالغ ويكره حمل خرقة لمسح العرق او المخاط
او ما الوضوء لانه نوع تجبر لكن الصحيح انها ان كانت
لحاجة لا يكره كما في الهداية فتعين ان الرتم هو الخيط
الذي على الاصبع لتذكر الشيء لا باس به لانه ليس
بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر
عند النسيان اما شد الخيوط والسلاسل على بعض
الاعضا فانه مكروه لكونه عبثا محضا وحاصله ان كل
ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه وبدعة وما فعله
لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع في الجلوس
والاتكا فصل في بيان احكام النظر ونحوه كاللمس
ويحرم النظر الى العورة الا عند الضرورة كالطبيب اي
له النظر الى موضع النظر ضرورة فيحل له احيانا
لحقوق الناس ودفعا لحاجتهم والخاتن والخافضة بالخا
والضاد المعجمة هي التي تختن الناس ودفعا لحاجتهم
النسا والقابلة والحاقن الذي يعمل الحقنة ولا يتجاوز
كل واحد منهم قدر الضرورة فانه يلزم ان يغضوا
ابصارهم من غير موضع المرض والختان والحقنة وفي
التبيين وينبغي للطبيب ان يعلم امراة اذا كان المريض
امراة ان امكن لان نظر الجنس اخف وان لم يكن يستر
كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره

عن غيره

عن غيره ذلك الموضع ما استطاع لان ما يثبت للضرورة يتقدر
بقدرها وينظر الرجل من الرجل الى ما سوى العورة وقد
بينت في الصلاة ان العورة ما بين السرة الى الركبة
والسرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي
والركبة عورة خلافا للشافعي ثم حكم العورة في الركبة
اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ينكر
عليه في كشف الركبة برفق وفي الفخذ بعنف وفي السوءة
يضرب ان اصر وفي القهستاني والاولى تنكير الرجل لئلا
يتوهم ان الشافعي في عين الاول وكذا الكلام فيما بعد
وفيه اشعار بانه لا باس بالنظر الى الامرد الصبيح الوجه
وكذا الخلوة ولذا لم يؤمر بالنقاب كما في التجنيس وتنظر
المراة المسلمة من المراة لوجود المجانسة وانعدام
الشهوة غالبا لان المراة لا تشتهي المراة كما لا يشتهي الرجل
الرجل ولان الضرورة داعية الى الانكشاف فيما بينهن
وعن الامام ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل
ذوات محارمه والاول اصح كما في اكثر المعتبرات
ومن الرجل اي ما ينظر الرجل من الرجل اي الى ما سوى
العورة ان امنت الشهوة وذلك لان ما ليس بعورة
لا يختلف فيه النساء والرجال فكان لها ان تنظر منه
ما ليس بعورة وان كانت في قلبها شهوة او في اكبر رايها
انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها
ولو كان الرجل هو الناظر اليها ما يجوز له النظر منها
كالوجه والكف لا ينظر اليه حتما مع الخوف وانما
قيدنا بالمسلمة لان الذمية كالرجل الاجنبي في الاصح
الى بدن المسلمة كما في المجتبى وفي التنوير وكل عضو

لا يجوز النظر اليه قبل الانفصال لا يجوز بعده وهو
الاصح كشعر راسها وينظر الرجل الى جميع بدن زوجته
وامته التي تحل له اي للرجل وطؤها لقوله عليه السلام
غض بصرك الا عن زوجتك وامتك قيل الاولى ان لا ينظر
كل واحد منهما الى عورة صاحبه لانه يورث النسيان
وكذا لا ينظر الرجل عورة نفسه لان الصديق رضي الله
عنه كان لا ينظر الى عورته ولا يمسها بيمينه قط وقال بعض
ان الادب ان ينظر الى فرج امراته وقت الوقاع ليكون
ابلغ في تحصيل معنى اللذة وقيد بالامة بكونها تحل له
وطؤها لان ما لا يحل وطؤها كامته المشتركة او المنكوحة للغير
او المجوسية لا يحل له النظر الى فرجها وينظر من محارمه
نسبا او رضاعا او مصاهرة بالنكاح وكذا بالسفاح على
الاصح كما في القهستاني ولذا قال في اللخ وغيره والظاهر
وان كان بزنا ومن امة غيره ولو كانت مكاتبة او مدبرة
او ام ولد او معتقة البعض عنده الى الوجه والراس
والصدر والساق والعضدان امن شهوته لقوله تعالى
ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن اذ المراد بالزينة
مواضع الزينة بطريق حذف المضاف واقامة المضاف
اليه مقامه لان الراس موضع التاج والشعر العقاص
والوجه موضع الكحل والعنق موضع القلادة التي تنتهي
الى الصدر والاذن موضع القرط والساق موضع
الخلخال والقدم موضع الخضاب فحل النظر الى تلك
الاعضا لان المراة تكون في بيتها في ثياب مهنتها عادة
ولا تكون مستترة ويدخل عليهن من بعض المحارم
من غير استيذان فلو حرم النظر الى هذه المواضع يؤدي
الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقل ما تشتهي

خلاف

خلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة وحكم امة الغير
كحكم المحرم لانها تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها في
ثياب مهنتها وكان عمر رضي الله عنه اذا راى جارية
متقنعة يضربها بالدرة ويقول الق عنك الخمار يا دفار
اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها
خلافا لمحمد بن مقاتل فانه قال ينظر الى ظهرها
وبطنها ولا باس بمسه اي بمس الرجل المواضع التي يحل
النظر اليها من محارمه وامة غيره بشرط امن الشهوة
في النظر والمس لتحقق الحاجة الى ذلك في الاركاب
والانزال في المسافرة والمخالطة وكان يقبل راس فاطمة
رضي الله عنها ويقول اجد منها ريح الجنة ولا ينظر الرجل
الى البطن والظهر والفخذ وان وصلية امن اي عن
الشهوة لانها ليست مواضع الزينة وكان الشافعي
يجوز له ان ينظر الى ظهر محارمه وبطنها ولا ينظر الرجل
الى المراة الاجنبية الا الى الوجه والكفين ان امن الشهوة
لان ابداء الوجه والكف يلزمها بالضرورة للاخذ والاعطا
ولا ينظر الى قدمها لعدم الضرورة في ابدائها في ظاهر
الرواية وعن الامام يحل النظر الى قدمها اذ ظهرها
في حال المشي وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعها
ايضا لانها قد يبدو منها عادة والاصح وان لم يامن
الشهوة فلا يجوز النظر الى الوجه والكفين لقوله عليه
السلام من نظر الى محاسن امراة بشهوة صب في عينيه
الانك يوم القيامة قالوا ولا باس بالتامل في جسدها
وعليها ثياب ما لم يكن ثوب يبين حجمها منه فلا ينظر
اليه كما في التبيين لغير الشاهد عند الاداء فلا يجوز

عند التحمل أن ينظر مع عدم أمن الشهوة في الأصح لأن وجود
من لا يشتهي في التحمل ليس بمعدوم بخلاف من يريد نكاحها وقيل
يباح كما في النظر عند الأداء للحاكم عند الحكم وإن لم يأمنا
لأنهما مضطران إليه في إقامة الشهادة والحكم عليها كما يجوز
له النظر إلى العورة لإقامة الشهادة على الزنا ولا يجوز
مس ذكر أي الوجه والكفين وإن أمن الشهوة إن كانت
المرأة شابة قال عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها
بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة ولأن المس أغلظ
من النظر لأن الشهوة فيه أكثر ويجوز مسه إن كانت
عجوزا لا تشتهي لانعدام خوف الفتنة أو هو شيخ يأمن
على نفسه وعليها وإن كان لا يأمن على نفسه أو عليها لا يحل
له مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة ويجوز النظر والمس
مع خوف الشهوة عند إرادة الشراء للضرورة وفي الهداية
وأطلق أيضا في الجامع الصغير ولم يفصل بين وجود الشهوة
وعدمها سواء كان في النظر وفي المس حيث قال الرجل أراد
أن يشتري جارية لا بأس بأن يمس ساقها وذراعيها
وصدرها وينظر إلى صدرها وساقها مكشوفين وقال
مشايخنا يباح النظر في هذه الحالة وإن اشتهى للضرورة
ولا يباح المس إذا اشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لأنه نوع
استمتاع وفي الاختيار إذا أراد الرجل الشراء يباح له
النظر مع الشهوة دون المس انتهى فعلى هذا يلزم للمصنف
التفصيل أو النكاح فلا بأس أن ينظر إليها مع الشهوة لما روي
أن المغيرة أراد أن يتزوج امرأة فقال عليه السلام
انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما والعبد مع سيدته
كالأجنبي من الرجال حتى لا يجوز لها أن تبدي من

زينتها

زينتها إلا ما يجوز أن تبديه للأجنبي ولا يحل له أن ينظر
من سيدته إلا ما يجوز أن ينظر إليه من الأجنبية وقال
مالك هو كالمحرم وهو أحد قولي الشافعي والمجبوب
والخصي كالفحل أما المجبوب فإنه يسحق فينزل وقيل إن
جف ماء المجبوب يحل اختلاطه بالنساء في حقه وقيل لا يحل
في الأصح وأما الخصي فلقول عائشة رضي الله عنها الخصاء
مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولأنه فحل يجامع وكذا
المخنث في الرديء من الأفعال كالفحل الفاسق ويكره
للرجل أن يقبل الرجل سواء كان فمه أو يده أو عضوا منه
وكذا تقبيل المرأة فم امرأة أو خدها عند اللقاء والوداع
أو معانقته في إزار بلا قميص عند الطرفين وعند
أبي يوسف لا يكره لما روي أنه عليه السلام عانق
جعفرا عند قدومه من الحبشة وقبل ما بين عينيه
ولهما ما روي أنس رضي الله عنه قال قلنا لرسول الله
عليه السلام أيعانق بعضنا بعضا قال لا قلنا أيصافح
بعضنا بعضا قال نعم قالوا الخلاف فيما إذا لم يكن
عليهما غير الإزار أما إذا كان عليهما قميص أو جبة جاز
بالإجماع وقال الإمام أبو المنصور المكروه من
المعانقة ما كان على وجه الشهوة وأما على وجه البر
والكرامة فيجوز عند الكل فلا بأس بالمصافحة لأنها
سنة قديمة متواترة في السنة والسنة في المصافحة
بكلتا يديه ولا يجوز للرجل مضاجعة الرجل وإن كان
كل واحد منهما في جانب من الفراش كما في التنوير ولا
بأس بتقبيل يد العالم أو الزاهد إعزاز الدين أو
السلطان العادل لعدله ويد غيرهم بتعظيم إسلامه

واكرامه كما في القهستاني وقال سفيان الثوري تقبيل يد
العالم والسلطان العادل سنة فقال عبد الله ابن
المبارك فقبل رأسه لكن تقبيل راس العالم اجود وقال
شرف الايمة لو طلب من عالم او زاهد ان يدفع اليه قدمه
ليقبله لم يجبه وتقبيل يد نفسه مكروه كتقبيل الارض بين
يدي العلما والسلاطين فانه مكروه والفاعل والراضي
اثمان لانه يشبه عبادة الوثن هذا على وجه التحية
فلو كان على وجه العبادة يكفر وكذا من سجد له على
وجه التحية لا يكفر ولكن يصير اثما مرتكبا للكبيرة وفي
الظهيرية انه يكفر بالسجدة مطلقا وقال شمس الايمة
السرخسي السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر
وفي الاختيار ومن اكره على ان يسجد للملك فالافضل
انه لا يسجد لانه كفر ولو سجد عند السلطان على وجه
التحية لا يصير كافرا وفي القهستاني الايما الى قريب
الركوع كالسجود وفي العمادي وتكره الانحنا لانه
يشبه فعل المجوس وفي القهستاني ويكره عند الطرفين
الطرفين لا عند ابي يوسف وفي القنية قيام
الجالس في المجلس لمن دخل عليه تعظيما له وكذا القيام
القيام لغيره ليس بمكروه بعينه وانما المكروه محبة
القيام ممن يقام له فان لم يحب القيام وقاموا له
لا يكره لهم وكذا لا يكره قيام قارئ القرآن لمن يجي عليه
تعظيما له اذا كان ممن يستحق التعظيم وقيل له ان يقوم
بين يدي العالم تعظيما له فاما في حق غيره فلا يجوز
ويعزل المولى ماءه عن امته عند الجماع بلا اذنها اي
الامة لانه لا حق لها في الوطي ولا يعزل الزوج عن زوجته
الا بالاذن

الا بالاذن لان لها حقا في الوطي ولا تعرض الامتان اذا بقيتا
في ازار واحد لوجود الاشتهاء والمراد بالازار ما يستر بين
السرة الى الركبة لان ظهرها وبطنها عورة فلا يجوز
كشفها

فصل في بيان احكام الاستبراء وهو
طلب البراءة مطلقا وهنا طلب براءة الرحم من ملك امة
رقبتها بشراء او غيره كهبة ورجوع عنها وخلع او صلح
او كتابة او عتق عبد او صدقة او وصية او ميراث
او فسخ بيع بعد القبض او دفع الجناية او نحو ذلك
يحرم عليه اي على المالك وطؤها ويحرم دواعيه اي
دواعي الوطي كالمس والقبلة والنظر الى الفرج بشهوة
لافضائها الى الوطي او لاحتمال وقوعها في غير ملكه
اذا ظهر الحمل وادعاه البايع هذا رد لمن قال لا يحرم
الدواعي بخلاف الوطي انما يحرم [illegible]
يحرم لئلا يختلط المياه ويشتبه النسب وهذا معدوم
في الدواعي حتى يستبرئ اي المالك بحيضة فيمن تحيض
وبشهر في غيرها اي تستبرئ بشهر واحد في الصغيرة
والايسة والمنقطعة الحيض فان الشهر قايم مقام
الحيض في العدة فكذا في الاستبراء واذا حاضت في اثنائه
بطل الاستبراء بالايام لان القدرة على الاصل قبل
حصول المقصود بالبدل يبطل حكم البدل كالمعتدة
بالشهور اذا حاضت هذا في الهداية والاصل فيه قوله
عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى
تضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وهذا
يفيد وجوب الاستبراء بسبب احداث الملك واليد لانه
هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه
التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحرمة عن

الاختلاط ودا لانساب عن الاشتباه وذا الولد عن الهلاك
وذلك عند تحقق الشغل او توهمه بما مر وفي امة
مرتفعة الحيض بآفة بان صارت ممتدة الطهر وهي
ممن تحيض لا ايائس يجب الاستبرا بثلاثة اشهر لانها
عدة الآيسة والصغيرة ليتبين انها ليست بحامل
وفي اكثر العبارات لا تقدير في ظاهر الرواية عند
الشيخين وعند محمد باربعة اشهر وعشر لانها مدة فراغ
رحم الحرة المتوفى عنها زوجها وفي رواية عن محمد
بشهرين وخمسة ايام وفي الشرح نقلا عن الكافي والفتوى
عليه لان هذه المدة متى صلحت للتعرف عن شغل
يوهم بالنكاح في الحرة فلان تصلح للتعرف عن شغل
يتوهم بملك اليمين وهو دونه اولى وفي الامة الحامل
الاستبرا بوضعها اي بوضع حملها لما روينا انفا ولو
وصلية كانت الامة بكرا متصل بقوله بحرمها او مشتراة
من امراة او من مال طفل بان باع ابوه او وصيه
وكذا الحكم اذا اشتراه من مال ولده الصغير كما في
الغاية او ممن يحرم عليه وطيها كالمحرم رضاعا و
مصاهرة او نحو ذلك ولكن غير ذي رحم محرم حتى
لا تعتق الامة عليه وانما حرمت عليه اقامة لتوهم
شغل الرحم مقام تحققه لوجود السبب وهو الملك
واليد اذ الحكم يدار على السبب وعن ابي يوسف
اذا تيقن بفراغ رحمها من ما البايع لم يستبر وفي
الاصلاح في هذا المحل كلام وفي شرح الوقاية
لابن الشيخ جواب ان شئت فلتراجعهما ويستحب
الاستبرا للبايع اي يستحب لمن يريد بيع امته

الموطوءة

الموطوءة ان يستبرئها بترك الوطي تجنبا عن اشتغال
رحم ما اراد بيعها بمايه ولا يجب عليه لان ملك البايع
قايم وهو يقتضي جواز وطيها حلالا فالمالك ولا تكفي في
الاستبرا حيضة ملكها المشتري فيها اي في الحيضة يعني
لا يعتبر بالحيضة التي اشتريتها في خلال الحيضة
لان الواجب عليه الحيضة الكاملة ولا تكفي الحيضة
التي حدثت بعد تملكها بسبب من الاسباب قبل القبض
اي الامة لانها وجدت قبل علته وهو الملك واليد
جميعا فلا يعتبر احدهما والتي حاضت بها قبل
الاجازة في بيع الفضولي اي بايعها الفضولي ثم حاضت
قبل الاجازة وان كانت في يد المشتري كما لا يعتبر
بالحاصل بعد القبض في الشرا الفاسد قبل ان يشتريها
شرا صحيحا لانتفا العلة وكذا الولادة اي لا تكفي الولادة
التي حصلت بعد سبب الملك قبل القبض لانتفا
العلة خلافا لابي يوسف وتكفي حيضة وجدت تلك
الحيضة بعد القبض وهي اي والحال ان الامة مجوسية
فاسلمت لانها وجدت بعد سببه وحرمة الوطي المانع
وقد زال كما في حالة الحيض وكذا المكاتبة بان كاتبها
بعد الشرا فعجزت فيجب الاستبرا عند تملك نصيب شريكه
في الامة المشتركة بينهما لان السبب قد تم في ذلك الوقت
والحكم يضاف الى تمام العلة لا يجب عند عود الآبقة
ورد المغصوبة والمستاجرة على صيغة المفعول وفك
المرهونة لما مر من انعدام السبب هذا ان بقيت في دار
الاسلام ثم رجعت اما ان ابقت الى دار الحرب ثم عادت
اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند الامام وعندهما

يجب عليه الاستبرا ولا تكره الحيلة لاسقاطه اي الاستبرا
عند ابي يوسف خلافا لمحمد اذ عنده مكروهة والاخذ
بالاول اي بعدم كراهة الحيلة ان علم عدم الوطي من
المالك الاول في هذا الطهر والاخذ بالثاني في كراهة الحيلة
ان احتمل الوطي منه وفي الدرر وبه يفتى والحيلة في
اسقاطه ان لم تكن تحته اي تحت المشتري حرة ان
يتزوجها اي الامة التي يريد شراها من سيدها ثم
يشتريها بعد تسلمها المولي اليه ذكر هذا القيد في
الخانية ولا بد منه تكميلا لوجود القبض بحكم الشرا بعد
فساد النكاح بالشرا فيجب الاستبرا بالقبض بحكم
الشرا فيجب الاستبرا بالقبض بحكم الشرا قبله لا يكفي
القبض بل يشترط ان يطأ الزوج قبل الشرا لان ملك
النكاح لا يجتمع مع ملك اليمين فلا توجد الا معتدة
الشرا منكوحة ولا معتدة فيجب لا استبرا لتحقق سببه
وهو استحداث حل الوطي بملك اليمين اما اذا وطيها
تصير معتدة فلا يجب الاستبرا وان كانت تحته حرة
فان يزوجها البايع الي شخص ممن يثق به قبل البيع
او يزوجها المشتري بشرط ان يكون امرها بيدها بعد
البيع اي بيع البايع منه قبل القبض ثم يطلق الزوج
قبل الدخول بعد الشرا والقبض ان كان التزويج من
البايع قبل البيع او بعد القبض ان كان التزويج من
المشتري بعد البيع قبل القبض يعني الحيلة ان ينكحها
البايع قبل شرا المشتري وجعل عليه اعيا وان يطلقها
ثم يشتريها المشتري ثم يطلق الزوج فانه لا يجب
الاستبرا لانه اشتري منكوحة الغير ولا يحل وطيها فلا

استبرا

استبرا فاذا طلقها الزوج قبل الدخول حل علي المشتري
منكوحة الغير وح لم يوجد حدوث الملك فلا استبرا
او ينكحها المشتري قبل القبض ذلك الرجل ثم يقبضها ثم
يطلقها الزوج فان الاستبرا يجب بعد القبض وح لا يحل
الوطي فاذا اصل بعد طلاق الزوج لم يوجد حدوث الملك
ومن ملك امتين لا تجتمعا والجملة صفة امتين كما في
القراباغي وتكون في القهستاني والجملة حال لا صفة نجد في
البهستي فانه مما اختلف فيه ولم يجوزه البصرية نكاحا
كاختين او بنت وامها نسبا او رضاعا فقبله اي الملك
وطي احديهما فقط لا وطيهما ودواعيه اي دواعي وطي
تلك الواحدة فقط وطي الاخري ودواعيه كالتقبيل
بشهوة والمس بها فان وطيهما او فعل بهما شيا من
الدواعي حرم عليه وطي كل منهما ودواعيه حتى يحرم
احديهما بتمليك او نكاح صحيح لا فاسد او عتق **فصل**
في البيع وذكره بيع العذرة وهي رجيع الادمي خالصة
لان العادة لم تجر بالانتفاع بها وانما ينتفع بها برماد
او تراب غالب عليها بالالقاء في الارض فحينئذ يجوز
بيعها بعضهم هذا اقال وجاز بيعها لو مخلوطة برماد
او تراب في الصحيح وفي التبيين والصحيح عن الامام
ان الانتفاع بالعذرة الخالصة جايز وجاز بيع السرقين
مطلقا في الصحيح عندنا لكونه مالا منتفعا به لتقويته
الارض في الانبات وعند الايمة الثلاثة لا يجوز بيع
السرقين كالعذرة مطلقا لانها من الانجاس وان الانتفاع
من العذرة الخالصة والمخلوطة والسرقين كالبيع
في الحكم فما كان بيعه جايزا يكون الانتفاع به غير

عن جايز وما كان بيعه جايزا يكون الانتفاع به جايزا
ومن راى جارية رجل مع اخر يبيعها قايلا وكلني صاحبها
به اي صاحب الجارية ببيعها او اشتريتها اي الجارية منه
اي من صاحبها او وهبها لي صاحبها او تصدق صاحبها بها
اي الجارية علي ووقع في قلبه اي الرائي صدقه اي صدق
البايع القايل بهذه المقالات حل له اي للرائي شراوها اي
الجارية منه اي من البايع القايل وحل له وطيها ايضا بعد
الشرا لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في
المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر وهذا اذا كان
ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق لان عدالة
المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة فان كان اكبر رايه
انه كاذب لا ينبغي له ان يتعرض لشي من ذلك كما في الهداية
ويجوز بيع بناء مكة لكونه ملكا لمن بناها وهذا بالاجماع
الا ترى ان من بنا على ارض الوقف جاز بيعه فهو كذلك
ويكره بيع ارضها اي ارض مكة واجارتها عند الامام
لما روي ان النبي عليه السلام قال مكة حرام لا تباع
رباعها ولا تواجر بيوتها ولان الحرم موقف الخليل
عليه السلام ولقوله عليه السلام من اكل اجور ارض مكة
فكانما اكل الربا خلافا لهما لانها مملوكة لهم لظهور
الاختصاص الشرعي بها فصار كالبنا وقوله عليه السلام
وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على ان اراضيها تملك
ويقبل الانتقال من ملك الى ملك وقد تعارف الناس
التناصح ببيع اراضيها والدور التي فيها من غير نكير
وهو من اقوى الحجج وبه قال الشافعي نقولها رواية
عن الامام وفي شرح المجمع ذكر للعيني وبه يفتى ويكره

الاحتكار

الاحتكار في اقوات الادميين كالبر ونحوه ونحوه والبهايم
كالشعير والتبن في بلد يضر باهله لانه يتعلق به حق
العامة فتقيد بقوله يضر باهله لانه لو كان المصر كبيرا لا يضر
باهله فليس بمحتكر لانه حبس ملكه ولا ضرر فيه لغيره
وعند ابي يوسف لا يختص بالاقوات بل يكره الاحتكار
في كل ما يضر احتكاره بالعامة ولو وصلية كان ذهبا او فضة
او ثوبا او نحو ذلك لانه اعتبر حقيقة الضرر وهو المؤثر في
الكراهة وعند محمد لا احتكار في الثياب واختلفوا في مدة
حبس القوت المكروه فقيل هي اربعون يوما لقوله عليه السلام
من احتكر اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه
وقيل شهر لان ما دونه قليل عاجل كما مر هذا في حق المعاقبة
في الدنيا لكن الاثم يلزم في مدة قليلة لكون التجارة غير
محمود في الطعام واذا رفع الى الحاكم حال المحتكر امر اي
القاضي المحتكر ببيع ما يفضل عن حاجته اي عن قوته وقوت
عياله ودوابه فان امتنع المحتكر عن البيع حبسه القاضي
وعزره بما يليق عليه وقيل لا يبيع عند الامام وعندهما يبيعه
وقيل يبيعه بالاجماع وهو الصحيح كما في المنح وغيره فهذا
اي بصورة الاتفاق ولا احتكار في غلة ضيعته لانه خالص
حقه ولا فيما جلبه من بلد اخر عند الامام لعدم تعلق اهل
بلد بطعام بلد اخر وعند ابي يوسف يكره ان يحبسه ما جلبه
من بلد لاطلاق قوله عليه السلام من احتكر فهو وكذا
يكره عند محمد ان كان يجلب منه الى المصر عادة فهو بمنزلة
فناء المصر لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا
لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة
وهو اي قول محمد هذا لم يوجد في الكتب التي اخذ المص

وقال صلى الله عليه وسلم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون وقال صلى الله عليه وسلم من احتكر عن المسلمين طعامهم اربعين يوما ضربه الله بالجذام والافلاس
منه

مسايل كتابه منها كما في الزوايد ويجوز بيع العصير اي عصير العنب
ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقوم بنفس العصير
بل بعد تغيره فصار عند العقد كسائر الاشربة من عسل
ونحوه بخلاف بيع السلاح من اهل الفتنة لان المعصية
تقوم بعينه ولو باع مسلم خمرا واوفى دينه من ثمنها كره
لرب الدين اخذه يعني كان لمسلم دين على مسلم فباع الذي
عليه دين خمرا واخذ ثمنها وقضى به الدين لا يحل للداين ان
ياخذ ثمن الخمر بدينه وان كان المديون ذميا لا يكره والفرق
ان البيع في الوجه الاول باطل لان الخمر ليس بمال متقوم
في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه
وفي الوجه الثاني ان البيع صحيح لانه مال متقوم في
حق الكافر فملكه البايع فيحل الاخذ منه ويكره التسعير
لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض
الباسط الرازق ولان الثمن حق البايع فلا ينبغي له ان
يتعرض لحقه الا اذا تعدى ارباب الطعام في القيمة تعديا
فاحشا كالضعف وعجز الحاكم عن صيانة حقوقهم الا بالتسعير
فلا باس حينيذ اي بالتسعير بمشورة اهل الخبرة اي اهل
الراي والبصر لان فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع
فان باع باكثر مما سعره اجازه القاضي قيل اذا خاف البايع
ان يضربه الحاكم ان نقص من سعره لا يحل ما باعه لكونه في
معنى المكره فالحيلة فيه ان يقول له المشتري بعني مما تحبه
فح باي شيء باع يحل كما في الاختيار وغيره لكن في العمادية
وغيرها ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره
على البيع وان لم يوجد الرضى في العقد يرد المشتري
اذا وجد المبيع ناقصا منه له ان يرجع على البايع

بالنقصان

لمتقوم

بالنقصان لان للعقد المعروف كالمشروط ويجوز شراء ما لا
بد للطفل منه مثل النفقة والكسوة وبيعه اي بيع
ما لا بد للطفل منه بيعه لاخيه وعمه وامه وملتقط ان كان
هو اي الطفل في حجرهم وقال الشافعي ومالك لا يجوز شراهم
وبيعهم له الا بامر الحاكم وتوجره اي للطفل امه فقط اذا
كان في حجرها لا يملك اتلاف منافعه بغير عوض بان
يستخدمه فيملك اتلافه بعوض وهو الاجارة بالاولوية
دون الاخ والعم والملتقط فانهم لا يملكون اتلاف منافعه
ولو في حجرهم هذه رواية الجامع الصغير وفي رواية القدوري
يجوز ان يوجره الملتقط ويسلمه في صناعة فيجعلهم من
النوع الاول وهذا اقرب لان فيه منفعة ونفعا محضا
للصغير واما الاب والجد ووصيهما فانهم يملكون التصرف
بحكم الولاية ولذا لا يشترط ان يكون في ايديهم وحجرهم

فصل في المتفرقات تجوز المسابقة بالسهام والخيل
والحمير والابل والاقدام لقوله عليه السلام لا سبق الا في
خف او نصل او حافر والمراد بالخف الابل وبالنصل الرمي
وبالحافر الفرس والبغل وفي الحديث سابق رسول الله
صلى الله عليه وسلم وابو بكر وعمر رضي الله عنهما فسبق
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يحتاج اليه
في الجهاد للكر والفر وكل ما هو من اسباب الجهاد فتعلمه
مندوب اليه سعيا في اقامة هذه الفريضة وعن
النبي عليه السلام لا تحضر الملايكة شيئا من الملاهي
سوى النضال والرهان فان شرط فيها اي في المسابقة
جعل من احد الجانبين مثل ان يقول احدهما لصاحبه
ان سبقتني اعطيك كذا وان سبقتك لا اخذ منك شيئا

او شرط فيه جعل من ثالث لا يسبقهما مثل ان يقول ثالث
ان يقول ثالث للمسابقين ايكما سبق له علي كذا جاز لانه
تعليق المال بالخطر وعند الائمة الثلاثة لا يجوز في الاقدام
وان شرط من كلا الجانبين يحرم بان يقول ان سبق فرسك
اعطيتك كذا وان سبق فرسي فاعطني كذا لانه يصير قمارا
والقمار حرام الا ان يكون بينهما فرس محلل كفؤ اي نظير لهما
اي لفرسيهما يتوهم انه يسبقهما ان سبقهما اخذ المحلل منهما
وان سبقاه لا يعطيهما شيا وبالعكس يعني شرطا انهما لو سبقا
يعطيهما ولو سبقهما لا ياخذ شيا منهما كما في التسهيل وفيما
بينهما ايهما سبق اخذ المال المشروط من الاخر لانه بالمحلل خرج
من ان يكون قمارا فيجوز وان لم يكن الفرس المحلل مثلهما
لم يجز لانه لا فائدة في ادخاله بينهما فلم يخرج حينئذ من
ان يكون قمارا وعلى هذا لو اختلف عالمان اثنان في مسئلة
واراد الرجوع الى شيخ فاضل وجعلا على ذلك جعلا قال
في المنح لو وقع الاختلاف بين اثنين وشرط احدهما
لصاحبه انه ان كان الجواب كما قلت اعطيتك كذا وان
كان كما قلت لا اخذ منك شيا فهذا جائز لانه لما جاز في
الافراس لمعنى يرجع الى الجهاد يجوز هنا للحث على الجهد
في طلب العلم لان الدين يقوم بالعلم كما يقوم بالجهاد
ووليمة العرس سنة قديمة وفيها مثوبة عظيمة ومن دعي
اليها فليجب وان لم يجب اثم لقوله عليه السلام من لم
يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله فان كان صائما
اجاب ودعا وان لم يكن صائما اكل ودعا وان لم ياكل اثم
وجفا كما في الاختيار ولا يرفع منها اي من الوليمة ولا
يعطي سائلا الا باذن صاحبها لان الاذن في الاكل دون

الرفع

دون الرفع والاعطا وان علم المدعو ان فيها لهوا لا يجيب
سواء كان ممن يقتدى به او لا لانه لا يلزمه اجابة الدعوة
اذا كان هناك منكر قال علي رضي الله عنه صنعت طعاما
فدعوت رسول الله صلى الله عليه وسلم فراى في البيت
تصاوير فرجع بخلاف ما هجم عليه لانه قد لزمه وان لم يعلم
الا ثمة لهوا حتى حضر فان قدر على المنع فعل المنع لانه
نهي عن منكر والا اي فان لم يقدر عليه فان كان مقتدى
به او كان اللهو على المائدة فلا يقعد لان في ذلك شين
الدين وفتح باب المعصية على المسلمين وقال تعالى فلا
تقعدوا بعد الذكرى مع القوم الظالمين والا اي وان لم
يكن مقتدى به وان لم يكن اللهو على المائدة فلا باس
بالقعود والصبر لما ذكر كتشييع الجنازة اذا كان معها نياحة
كذا هنا قال الامام ابتليت به اي باللهو مرة فصبرت وهو
اي قول الامام محمول على ما قبل ان يصير مقتدى اذ عرفت
انه لا رخصة للمقتدى ودل قوله ابتليت على حرمة كل
الملاهي حتى التغني بضرب القضيب لان الابتلا انما يكون
بالمحرم قيل ان الابتلا لا ينفك عن الشر ولو في المآل
فلا يرد ما قال في الاصلاح من انه فيه نظر لان الابتلا
يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه
قوله عليه السلام من ابتلي بالقضا الحديث انتهى لان
الابتلا يستعمل فيما يوجد فيه الشر كما هنا وفيما يفضي
الى الشر غالبا كما في القضا ولذا قالوا هنا دل هذا على حرمة
كل الملاهي ولم يقولوا دل على حرمة كل ما يطلق عليه كما في
شرح الوقاية لابن الشيخ فقيل الصبر على الحرام لاقامة
السنة لا يجوز بل الظاهر انه يجلس معرضا عن اللهو

حيث لا يترك التشييع
والصلوة عليها لما فيها
حاصلة عند غيرها من
النياحة

منكر الهئة عنه مشتغل ولا متلذذ به فلم يتحقق منه الجلوس
على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام والكلام منه أي
بعضه ما يؤجر به كالتسبيح ونحوه كالتحميد والتكبير والتهليل
والصلاة على النبي عليه السلام والاحاديث النبوية وعلم
الفقه قال الله تعالى والذاكرين الله كثيرا والذاكرات الاية
وقد يأثم به أي بالتسبيح ونحوه اذا فعله في مجلس الفسق
وهو أي الفاسق يعمله لما فيه من الاستهزاء والمخالفة
لموجبه وان قصد به أي بنحو التسبيح فيه أي في مجلس
الفسق الاعتبار والاتعاظ والانكار لافعال الفاسقين
وان يشتغلوا عما هم فيه من الفسق فحسن وكذا من
سبح في السوق بنية ان الناس غافلون فلعلهم تنبهوا
للاخرة فهو افضل من تسبيحه في غير الجامع قال عليه
السلام ذاكر الله في الغافلين كالمجاهد في سبيل الله
كما في الاختيار ويكره فعله للتاجر عند فتح متاعه
بان يقول عند فتح المتاع لا اله الا الله او سبحان الله
او يصلي على محمد عليه السلام فانه يأثم لانه يكون
لامر الدنيا بخلاف الغازي والعالم اذا كبرا وهللا عند
المبارزة او مجلس العلم لانه يقصد به التعظيم والتفخيم
واظهار شعائر الدين ويكره الترجيع بقراءة القرآن
وكذا يكره الاستماع اليه لانه تشبيه بفعل الفسقة
حال فسقهم وهو التغني ولم يكن هذا في الابتداء ولهذا
كره في الاذان وقيل لا بأس به لقوله عليه السلام زينوا
القرآن باصواتكم وعن النبي عليه السلام انه كره رفع
الصوت عند قراءة القرآن والجنازة وفي البزازية ويكره
رفع الصوت بالذكر ويذكر في نفسه وقد جا سبحان

من قهر

من قهر عباده بالموت وتفرد بالبقاء سبحان الحي الذي لا يموت
والزحف أي الحرب والتذكير أي الوعظ فما ظنك به أي برفع
الصوت عند استماع الغناء المحرم الذي يسمونه وجدا
والظاهر ان الموصوف مع صلته صفة مع قوله الغناء لكن
في تسميتهم الغناء وجدا بحث تدبر وفي التمثيل في الوجد
مراتب وبعضه يسلب الاختيار فلا وجه للانكار بلا
تفصيل انتهى وفي القنية ولا بأس باجتماعهم على قراءة
الاخلاص جهرا عند ختم القرآن ولو قرأ واحد واستمع
الباقون فهو اولى وكره الامام القراءة عند القبر لان اهل
القبر جيفة وكذا يكره القعود على القبر لانه اهانة وجوزها
أي القراءة عند القبر محمد وبه أي بقول محمد اخذ للفتوى
لما فيه من النفع لورود الاثار بقراءة اية الكرسي وسورة
الاخلاص والفاتحة وغير ذلك عند القبور ومذهب
اهل السنة والجماعة ان للانسان ان يجعل ثواب عمله
لغيره ويصل وقد مر في الحج ويؤيده ما قال في كتابه
المسمى بالحجج من انه اخبرنا سفيان الثوري قال حدثنا
عمران بن ابي عطا قال شهدت محمد بن حنفية صلى ابن
ابن عباس رضي الله عنه فكبر عليه اربعا وادخله من
قبل القبلة وضرب عليه فسطاطا ثلاثة ايام انتهى وظاهر
ان ضرب الفسطاط ليس الا لاجل القراءة لا غير وفي
التنوير تطيين القبور لا يكره في المختار وفي القهستاني
ويستحب زيارة القبور فيقوم بحذاء الوجه قريبا وبعدا
كما في الحياة فيقول عليكم السلام ويدعوا مستقبل
القبلة وقيل الدعاء قائما اولى وقال السرخسي لا بأس
بالزيارة للنساء على الاصح ومنه أي من بعض الكلام

ما لا اجر فيه ولا وزر كقوم واقعد ونحوهما لانه ليس بعبادة
ولا معصية وقيل لا يكتب عليه لانه لا اجر عليه ولا عقاب
وعن مجاهد ما يدل عليه وعن ابن عباس انه قال ان الملائكة
لا تكتب الا ما كان فيه اجر او وزر وقيل يكتب ثم يمحوا ما لا
جزاء فيه ويبقى ما فيه جزاء قيل يمحو في كل اثنين
وخميس وفيهما تعرض الاعمال والاكثرون على انها تمحو يوم
القيامة منحها في الاختيار ومنه اي بعضه ما يأثم به كالكذب
والغيبة والنميمة والشتيمة لان كل ذلك معصية حرام
بالنقل والعقل وكذا التملق فوق العادة لان التملق
مذموم بخلاف التواضع لانه محمود وفي التنوير ويكره
الكلام في المسجد وخلف الجنازة وفي الخلاء وفي حالة الجماع
والكذب حرام الا في الحرب للخدعة وفي الصلح بين اثنين
وفي ارضاء الاهل وفي دفع الظالم عن الظلم لانا امرنا
بهذا فلا يأثم اي فيه الكذب اذا كان بنية خالصة ويكره
التعريض به اي بالكذب الا لحاجة كقولك لرجل كل فيقول
اكلت يعني امس فلا بأس به لانه صادق في قصده وقيل
يكره لانه كذب في الظاهر ولا غيبة لظالم يؤذي الناس
بقوله وفعله قال عليه السلام اذكروا الفاجر بما فيه كي
يحذره الناس ولا اثم في السعي به اي بالظالم الى السلطان
لينزجر لانه من باب النهي عن المنكر ومنع الظلم ولا غيبة
الا لمعلوم فاغتياب اهل قرية ليس بغيبة لانه لا يريد به
جميع اهل القرية وكان المراد هو البعض وهو مجهول فصار
كالقذف وفي التنوير وكما تكون الغيبة باللسان تكون
بغمز العين والاشارة باليد وكذا الرمز والكتابة
والحركة وكل ما يفهم منه المقصود فهو داخل في الغيبة
وهو

وهو حرام وفي الدرر رجل ذكر مساوي اخيه المسلم على وجه
الاهتمام لا يكون غيبة انما الغيبة ان تذكر على وجه
الغضب يريد السب ويحرم اللعب بالنرد او الشطرنج وقد
مر تفصيلها في الشهادة والاربعة عشر وهو لعب يستعمله
اليهود وكل لهو لقوله عليه السلام كل لعب ابن ادم
حرام الحديث وفي البزازية استماع صوت الملاهي معصية
والجلوس عليها فسق والتلذذ بها كفر اي بالنعمة ويكره
استخدام الخصيان بكسر الخاء المعجمة وسكون الصاد جمع
خصي على وزن فعيل لان فيه تحريض الناس على
الخصاء الذي هو مثلة وقد نهي عنها ويكره وصل الشعر
بشعر الادمي سواء كان شعرها او شعر غيرها لقوله عليه
السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث ويكره
قوله في الدعاء اسألك بمعقد العز من عرشك بتقديم العين
او بتقديم القاف عند الطرفين لان الكراهة في القول
الثاني ظاهر لاستحالة القعود وكذا في الاول لانه يوهم
تعلق عزه بالعرش المحدث والله تعالى بجميع صفاته
قديم خلافا لابي يوسف فانه يجوز الان عنده دعاء
ماثور وهو اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك
ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك
الاعلى وكلماتك التامة وقيل وجه الجواز جعل العز صفة للعرش
العظيم كما وصف بالمجيد والكريم ويكره قوله اسألك بحق
انبيائك ورسلك او بحق البيت او بحق المشعر الحرام اذ لا
حق لاحد على الله تعالى وانما يختص برحمته من يشاء من
غير وجوب عليه واستماع الملاهي حرام والمناسب ان
يذكر عقيبه قوله وكل لهو ويكره تعشير المصحف والتعشير

ان يجعل على كل عشر آيات من القرآن العظيم علامة
وتفصله بفتح النون اي نقط المصحف وهو اظهار اعرابه
وبه اخذنا نحو الليث والائمة الثلاثة لقول ابن مسعود
رضي الله عنه جردوا المصاحف الا المعجم الذي لا يحفظ
ولا يقدر على القراءة الا بالنقط فانه اي النقط حسن
خصوصا في هذا الزمان والمروي مخصوص بزمانهم
لانهم كانوا يتلقونه عن النبي عليه السلام كما انزل
وكانت القراءة سهلة عليهم لكونهم اهلا فيرون النقط
مخلا بحفظ الاعراب والتعشير مخلا بحفظ الاي
ولا كذلك العجمي وعلى هذا لا باس بكتب اسامي السور
وعد الاي فهو وان محدثا فمستحسن وكم من شيء
يختلف باختلاف والمكان ولا باس بتحليته اي الزمان
المصحف لما فيه من تعظيمه كما في نقش المسجد وتزيينه
وفي القنية ينبغي لمن اراد كتابة القرآن ان
يكتب باحسن خط وابينه على احسن ورقة وابيض
قرطاس بافخم قلم وابرق مداد ويفرج السطور
ويفخم الحروف ويضخم المصحف وعن الامام انه يكره ان يصغر
المصحف وان يكتب بقلم دقيق وكذا لا باس بتقبيل المصحف
لان ابن عمر رضي الله عنه كان ياخذ المصحف كل غداة
ويقبله ويقول عهد ربي ومنشور ربي عز وجل كما في القنية
ولا باس بدخول الذمي المسجد الحرام وقال مالك يكره وكذا
في كل مسجد وقال الشافعي واحمد يكره في المسجد الحرام ولا
باس بعيادته اي عيادة الذمي اذا مرض بالاجماع لان فيه
اظهار محاسن الاسلام وكذا عيادة فاسق في الاصح وفي
التنوير ويسلم على اهل الذمي ولا يزيد على قوله عليك

ان

ان يرد عليه ويجوز اخصاء البهائم منفعة للناس لان لحم الخصي
طيب قيل الصواب خصاء البهائم اذ يقال اخصاه اذا نزع
خصيته ويجوز انزاء الحمير على الخيل اذ لو كان هذا الفعل
حراما لما ركب النبي عليه السلام البغلة لما فيه من فتح بابه ويجوز
الحقنة للرجال والنساء للتداوي بالاجماع او لاجل الهزال
اذا فحش يفضي الى السل والاحتياج اذ الشافي هو
الله تعالى دون الدواء ولا يجوز الحقنة بمحرم كالخمر ونحوها
قيل يجوز التداوي بالمحرم كالخمر والبول ان اخبره طبيب مسلم
ان فيه شفاء والحرمة ترتفع بالضرورة فلم يكن متداويا
بالحرام فلم يتناوله حديث النهي كما في حاشية اخي لكن فيه
كلام لا يخفى بالتامل ولا باس برزق القاضي من بيت المال
كفاية يعني يعطى منه ما يكفيه واهله في كل زمان سواء
كان غنيا في الاصح او فقيرا بلا شرط اذ لو شرط يكون
استيجارا بالاجر على الفرض طاعة وذا لا يجوز هذا اذا كان
بيت المال حلالا جمع بحق وان كان حراما جمع من باطل
لم يحل اخذه وقد مر تفصيله في القضاء ولا باس بسفر الامة
وام الولد بلا محرم لان الاجنبي في الامة بمنزلة المحارم
في النظر والمس عند الاركاب وكذا ام الولد لقيام
الرق فيها وكذا المكاتبة ومعتق البعض عند الامام والفتوى
على انه يكره في زماننا لغلبة اهل الفساد والخلوة بهما
اي ولا باس بالخلوة بالامة قيل يباح اعتبارا بالمحارم
وقيل لا يباح لعدم الضرورة ويكره جعل الراية اي جعل
الطوق الحديد الثقيل المانع من تحريك الراس في عنق
عبده لانه عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق بالنار وفي
النهاية لا باس في زماننا لغلبة التمرد والفرار ولا يكره تقييده

احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين في الفساق ~
ويكره ان تعرض بقلادة درهما لياخذ منه اي من البقال شيا اي
بالدرهم ما يحتاج من الطعام وغيره الي ان يستغرقه اي
الدراهم فانه قرض جر نفعا وهو منهي عنه وينبغي ان يودعه
اياه ثم ياخذ منه شيا فشيا وان ضاع فلا شي عليه لان
الوديعة امانة والسنة تقليم الاظافير وفي الدرر رجل
وقت لقلم اظافيره وحلق راسه يوم الجمعة قالوا ان كان
يري جواز ذلك في غير الجمعة واخره الي يومها تاخيرا ~
فاحشا كان مكروها لان من كان ظفره طويلا يكون
رزقه ضيقا وان لم يجاوز الحد واخره تبركا بالاخبار
فهو مستحب لما روي عن النبي عليه السلام انه قال
من قلم اظافيره يوم الجمعة اعاذه الله تعالى من
البلايا الي الجمعة الاخري وزيادة ثلاثة ايام ~
وينبغي ان يدفنه وان القاه فلا باس به ويكره القاه
في الكنيف والمغتسل والسنة نتف الابط وحلق العانة
والشارب وفي القنية ويستحب حلق عانته وتنظيف بدنه
بالاغتسال في كل اسبوع مرة فان لم يفعل ففي خمسة
عشر يوما مرة ولا عذر في تركه اربعين وقصه اي ~
الشارب حسن وفي حق الغازي في دار الحرب ان توفير
شاربه مندوب اليه ولا باس بدخول الحمام للرجال
والنسا اذا اتزروا الا ازارهم وغض بصره ويستحب اتخاذ
الاوعية نقلا الي البيوت لحاجة الوضو والشرب للنساء
لانهن نهين عن الخروج فيلزم كثيرا حاجاتهن وكونها
اي الاوعية من الخزف افضل وفي الحديث من اتخذ اواني
بيته خزفا زارته الملايكة ويجوز اتخاذها من نحاس
او رصاص

بالزبد والسكون كما ان الشدة اذ به يتميز الصافي عن الكدر
خلافا لهما لان عندهما وعند الايمة الثلاثة لا يشترط
فيه القذف بالزبد لانه يسمي خمرا قبل القذف وفي النخ
والغليان والشدة شرط بالاجماع وفي النهاية ولا يحد بدون
القذف احتياطا به قال ابن الشيخ في شرح الوقاية وخص
اسم الخمر بالني من ما العنب اذا صار مسكرا باتفاق اهل اللغة
واستعمالهم فيه وقال بعض الناس لفظ الخمر اسم لكل مسكر نيا
كان او مطبوخا من ما عنب او غيره لانه مشتق من مخامرة
العقل وهو موجود في كل مسكر واجيب عنه انما سمي هذا
خمرا لتخمره وهو الشدة والقوة او لاختماره وهو تغير
ريحه لا للمخامرة ولو سلم انه سمي لمخامرة العقل وذا لا
يدل علي ان كل ما يخامر العقل يسمي خمرا كالنجم لانه اسم
خاص بالكواكب لظهوره وهذا لا يدل علي ان كل ما ظهر
يسمي نجما مع ان المناسبة في الوضع تعتبر تارة كما في النجم
والخمر وقد لا يعتبر تارة كما في الحجر والجبة اد ويحرم الطلا
بكسر الطا وتخفيف اللام ومد الالف وهو ما طبخ منه
اي من ما العنب فذهب اقل من ثلثيه كما في الوقاية
والكنز لكن في التبيين نقلا عن المحيط الطلا اسم
للمثلث وهو ما اذا طبخ من ما العنب حتي ذهب ثلثاه
وبقي ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب لما روي ان كبار
الصحابة كانوا يشربون من الطلا ما ذهب ثلثاه وفي
الهداية كما في المتن اعتبر الذاهب اقل من ثلثيه ويسمي
الباذق ايضا سوا كان الذاهب قليلا او كثيرا بعد ان لم
يكن الذاهب ثلثين فان ذهب نصفه بالطبخ وبقي النصف
سمي منصفا وان طبخ ادني طبخة يسمي باذقا واسم

اسم لما يطبخ من ماء العنب حتى يذهب اقل من ثلثيه سواء كان
اقل من الثلث او النصف بعد ما صار مسكرا اذا غلا واشتد
وقذف بالزبد على الاختلاف لانه رقيق ملذ مطرب يدعوا
قليله الى كثيره كالخمر ولهذا اجتمع عليه الفساق فيحرم شربه
دفعا لما يتعلق به الفساد وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول
بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ويحرم السكر
وهو النيء وفي المغرب بفتحتين عصير الرطب وهذا قال
من ماء الرطب وفي المنح واشتقاقه من سكرت الريح اذا
سكنت فسره الجوهري بنبيذ التمر وفي الهداية السكر
هو الني من ماء التمر اي الرطب وفي العناية انما فسر
التمر بالرطب لان المتخذ من ماء التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر
وهو حلال على قول البعض فبين قولي الجوهري نوع (والفقهاء)
مخالفة فلينا مل وانما يحرم اذا غلا واشتد وقذف بالزبد
وفيه خلاف وقيل صلاح وقال شريك بن عبد الله
هذا هو مباح ولنا قذف بالزبد لقوله تعالى ومن ثمرات
النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا
لان المذكور وقع في موضع المنة وهي لا تتحقق بالمحرم
قلنا جوابه ان توصيف المعطوف بالحسن لا يخلو عن
الدلالة على ان في المعطوف عليه خلافا لان الامتنان
مشوب بالتوبيخ وهو تتخذون سكرا وتدعون رزقا
حسنا ويحرم نقيع الزبيب وهو النيء من ماء العنب اذا
غلا واشتد وسيأتي منه خلاف الاوزاعي واشتراط قذف
الزبد فيه من ايي النقيع والسكر والطلاء على ما في المنح
اي الخلاف الواقع فيها والكلام في الطلاء وللمصنف
والباذق والسكر والنقيع حرام لحديث كل مسكر حرام

ولعله

ولعله لا فلاله بسلامة العقل وحرمتها اي حرمة هذه
الاشيا دون حرمة الخمر فنجاسة الخمر غليظة رواية واحدة
كالبول لثبوت حرمتها بدليل مقطوع ونجاسة هذه
الاشيا مختلف في غلظتها وخفتها فان نجاستها خفيفة
في رواية ويكفر مستحل الخمر لانكاره الدليل القطعي دون
هذه الاشيا لان حرمتها غير قطعية بل اجتهادية ويحد
شرب قطرة من الخمر وان وصلية لم يسكر بخلاف هذه
الاشيا اي لا يحد فيها ما لم يسكر منها لان الحدود في الني
خاصة ولا يتعدى الى المطبوخ ويجوز بيع هذه الاشيا
ويضمن متلفها عند الامام خلافا لهما كما مر في الغصب
وفي الخمر عدم جواز البيع وعدم الضمان على متلفها بالاجماع
اما عدم جواز البيع فلقوله عليه السلام ان الذي
حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واما عدم الضمان فلسقوط
تقومها في حق المسلم ولو طبخت الخمر او غيرها من الاشربة
المحرمة بعد الاشتداد لا يحل وان وصلية ذهب الثلثان
وبقي الثلث لان الطبخ للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها
بعد ثبوتها لكن فيه لا يحد من شرب ذلك المطبوخ ما لم
يسكر لان الحد في القليل ورد في الني والطبخ يورث
الشبهة والحد يندرئ بها وعند السكر يلحق بالخمر ويحل
نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ ادنى طبخة وهو ان يطبخ
الى ان ينضج وان وصلية اشتد بحيث ما لم يسكر بلا نية
لهو وطرب بل بنية تقو لقوله عليه السلام ولا تنتبذوا
الرطب والزبيب معا ولكن انتبذوا كل واحد منهما
على حدته وهذا نص على ان المتخذ من كل واحد منهما
فرادى مباح وهذا محمول على المطبوخ منه اذ الني

حرام باجماع الصحابة رضي الله عنهم وفي الهداية ولو صب في المطبوخ بعض العنب والحق ادبين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفي فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا انتهى هذا يخالف ما قبله وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال فتتبع وكذا يحل نبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة وفي الهداية ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند الشيخين اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة حصر التحريم بهما والمراد بيان الحكم انتهى لكن ينافي قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب الا ان يحمل هذا على سكر من كل شراب يتخذ من هاتين الشجرتين غير الخمر كما في التسهيل لكن يرد عليه ما روي عن النبي عليه السلام انه قال ما اسكر كثيره فقليله حرام وقال كل مسكر خمر الا ان يقال لنفي ثبوت ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير فتتبع فان اقوال الفقهاء في هذا المحل مضطربة والخليطين من الزبيب والتمر طبخة او لا هذا قيد لقوله وكذا نبيذ العسل الى هنا لكن في الهداية وغيره من المعتبرات ولا باس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان مذهب ابن عمر نقيع

الزبيب

الزبيب كان حراما وهو الذي منه والا يؤدي الى التناقض وما روي عن النهي عن الخليط محمول على حالة القحط وكان ذلك في الابتداء والاباحة في حالة السعة انتهى فعلى هذا ظهر المنافاة بين قول المص وهو طبخة او لا وبين قول الهداية وغيرها وهو وكان مطبوخا لكن يمكن التوفيق بان قول الهداية وغيرها بعد الاشتداد وقول المص وهو طبخة او لا قبل الاشتداد ويؤيد ما روي عن عائشة انها قالت ننتبذ لرسول الله عليه السلام في سقاء فنأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحهما فيه ثم يصب الماء عليه فننتبذه غدوة فيشربه عشية وننتبذه عشية فيشربه غدوة فعلم انه قبل الاشتداد لانه لا يشتد في الغدوة وكذا في العشية غالبا فتتبع وكذا يحل المثلث وهو عصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي الثلث ولا يعتبر ما خرج من القدر من شدة الغليان من الزبد فلو طبخ عشرة اصوع من العصير فذهب صاع بالزبد طبخ الباقي حتى يذهب ستة اصوع ويبقى الثلث فيحل وينبغي ان يطبخ موصولا فان انقطع الطبخ ثم اعيد فان كان قبل تغيره بحدوث المرارة وغيرها حل والا حرم وهو المختار للفتوى كما في القهستاني وان وصلية اشتد وقذف ما لم يسكر بلا نية لهو وطرب عند الشيخين لان القليل لا يدعو الى الكثير شربه وهو في نفسه غذاء فبقي على اصل الاباحة كما مر تفصيله قبيله وفي الهداية والذي يصب الماء عليه بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة فحكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير

ثم يطبخ حتى يذهب ثلثه خل لان الماء يذهب اولا للطافته
او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ما العنب وفي الحد
بالسكر منها اي من هذه الاشياء روايتان والصحيح وجوبه
اي وجوب الحد لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا
اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك ووقوع طلاق
من سكر منها ومن قال انها حلال لا يقع طلاق من سكر
منها لانه بمنزلة النايم وذهاب العقل بالبنج ولبن الرماك
والكل حرام عند محمد وعند مالك والشافعي وبه اي بقول
محمد يفتي لفساد الزمان وعن محمد مثل قولهما وعنه
انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه والخلاف بينه وبين
الشيخين انما هو عند قصد التقوي بشربها اما عند
قصد التلهي فحرام اجماعا فانه يقع الطلاق بالاجماع
لان التلهي حرام وما يودي الى الحرام فهو حرام ايضا وحل
الخمر خلا لزوال الشدة ادها الذي هو علة الحرمة
ولو وصليه خللت بعلاج بالقاء الملح او خل عند نا لقوله
عليه السلام خير خلكم خل خمركم ولان التخليل اصلاح
كدبغ الجلد بازالة صفة الاسكار وعند الشافعي
يكره تخليلها ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء
شي فيه قولا واحدا لاحتمال بقاء اجزاء الخمر وان كان
بغير القاء شي فيه قله في الخل الحاصل به قولان وهو الذي
انتقص عنه الخمر فقد قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر
ولو غسل بالخل فتخلل من ساعته طهر للاستحالة
ولا باس بالانتباذ اي اتخاذ النبيذ في الدبا وهو القرع
والحنتم بفتح الحاء المهملة وسكون النون وفتح التاء
المثناة وهي الجرة الخضرا وقيل هو الجرة الحمرا وفيه

الخمر

اي من هذه الاشيا تابع لمحمد فمن قال انها حرام يقع طلاق من سكر منها

ثم اذا اصار خلا يطهر ما يبدا زيها من الاناء وما اذا اعلاه

كراس ٤٧
٤٦١

الخمر ويوتي بها من نواحي اليمن والمزفت هو الوعا المطلي
بالزفت والنقير وهو الخشب المنقور لان هذه الظروف
كانت مختصة بالخمر فلما حرمت الخمر حرم استعمال هذه
الظروف تشديدا في تحريم الخمر فلما حرمت الخمر حرم
استعمالها ليتركه الناس فلما مضت الايام ابيح استعمالها
لاستقرار الامر بالحرام وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ
فيها ينظر فان كان الوعا عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان
جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق
وعند ابي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وقيل
عند ابي يوسف يملا ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج
الماء صافيا غير متغير حكم بطهارته كذا في الخانية انه حكي
عن الفقيه ابي جعفر ان الخمر اذا صارت خلا يطهر الظرف
علاه فلا يحتاج الى ذلك التكلف وبه اخذ الفقيه ابو الليث وهو
اختيار الصدر الشهيد وعليه الفتوى لان بخار الخل يرتفع
الى اعلاه فيطهر كله ويكره شرب دردي الخمر وهو ما يبقى
في اسفله والامتشاط به اي بدردي الخمر وانما خص
الامتشاط بالذكر لان الانتفاع به حرام لان له
تاثيرا في تحسين الشعر والمراد بالكراهة الحرمة لان فيه
اجزاء الخمر وهذا هو المفهوم من الهداية وغيره فلهذا
قال في مختصر الوقاية وحرم شرب دردي الخمر ولا يحد
شاربه بلا سكر لانه لا يوجد الحد الا بعد التحليل والطبع لا يميل
الى الدردي فقليله لا يدعوا الى كثيره خلافا للشافعي
فانه قال يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولا يجوز الانتفاع
بالخمر لان الانتفاع بالنجس حرام كما حققناه في الكراهية
فلا يجوز ان يداوى بها جرحا ولا دبر دابة لانه نوع

انتفاع والتدبر بالتحريك قرحة دابة ولا يسقي احد ميتا ولو
وصلية صبيا للتداوي كما بيناه في الكراهية ولا يسقي
الدواب مطلقا وقيل ان يسقي الدواب لا يحمل الخمر
اليها اي الدابة فان قيدت الدابة الى الخمر فلا باس به اي
بالقود لانه يكون حاملها كما في الكلب والميتة فان ادعاه
اليها فلا باس به وان حملها اليه لا يجوز ولا باس بالقاء
الدردي في الخل لانه يصير خلا لكن يحمل الخل اليه اي
الدردي دون عكسه اي لا يحمل الدردي اليه لان النجس
لا يحمل

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من
الاشربة والصيد مما يورث السرور من حيث ان الصيد
من الاطعمة ومناسبته للاشربة عن جهة ثم كان منها
ما هو حلال او حرام كذلك من الصيود ما هو حلال وحرام
الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتنا بالاحتراز عنها ومحاسنها
محاسن المكاسب ولان فيه تحقيق منة الله تعالى بقوله
وخلق لكم ما في الارض جميعا وسببه يختلف باختلاف
الصايد فقد يكون لحاجة اليه وقد يكون لاظهار الجلادة
وقد يكون للتفرج هواء الصيد مصدر بمعنى الاصطياد
ثم صار اسما للصيد الممتنع بقوايمه او بجناحيه لان
المصدر يطلق على المفعول كضرب الامير وهو جائز
بالجوارح المعلمة من الكلب والفهد والبازي والشاهين
والباشق والعقاب والصقر ونحوها وقيده صاحب
التنوير بشرط قابلية التعليم وبشرط كون الحيوان
الذي يصاد به ليس بنجس العين فلا يجوز الصيد
بدب واسد لعدم قابلية التعليم ولا يجوز بالخنزير
لنجاسته

نجاسة عينه ذلا حاجة الى الاستثنا ففي هذا ينبغي ان
لا يجوز الاصطياد بالكلب على القول بنجاسة عينه الا ان
يقال ان النص ورد في حل الاصطياد به بخصوصه ولهذا
والاصل فيه قوله تعالى احل لكم الطيبات وما علمتم من
الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله اي صيد ما علمتم
من الجوارح وهو معطوف على الطيبات والجوارح الكواسب
والجرح الكسب والمكلبين المسلطين وقيل ان يكون
جارحة بنابها ومخلبها حقيقة ويكون هذا الاية على
المعنيين فتشترط الجراحة حقيقة على ما هو ظاهر
الرواية لان في اشتراط الجرح من الكل اسب عملا بالمتيقن
به ومعنى قوله مكلبين معلمين الاصطياد تعلمونهن
تؤدبوهن لتعلم من الكلاب مؤدبها ثم عم في كل ما ادب
جارحة بهيمة كانت او طيرا كما في التبيين ويحل صيد من
سهم ونحوه لقوله عليه السلام اذا رميت سهمك وذكرت اسم
الله عليه فكل لما يوكل لاكله اي يجوز اصطياد ما يوكل
لحمه ما ذكر لاكله ويجوز اصطياد ما لا يوكل لحمه لجلده
وشعره لاطلاق قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولا
يختص بما كول اللحم كالغنايم صيد الملوك ارانب وثعالب
واذا ركبت فصيدي الابطال ولان صيده سبب الانتفاع
بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع
كما في الهداية ولا بد فيه اي في الصيد من الجرح اي موضع
منه فان ما بعد جرحه يوكل في ظاهر الرواية لان الذبح
الاضطراري يحصل بالجرح وكذا الذبح الاضطراري وعن
ابي يوسف وهو رواية الحسن عن الامام والشافعي
في قول انه لا يشترط الجرح لان الجوارح في الاية بمعنى

الكوا بكس لقوله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار اي ما كسبتم
لا الجوارح بالناب والمخلب حقيقة كما مر قبيله ولا بد
فيه من كون المرسل اي مرسل الجوارح او الرامي مسلما
او كتابيا وهو يعقل التسمية ويضبط على نحو ما ذكرنا
في الذبائح وبه يصير اهلا للزكاة وان لا يترك التسمية
عمدا عند الارسال والرمي لقوله عليه السلام لعدي
ابن حاتم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى
فكل شرط التسمية لحل الاكل وعند الشافعي لا يشترط
في رواية قيد بالعمد لانه لو تركه ناسيا حل ايضا
كما مر في الذبائح وكون الصيد ممتنعا من الادمي قادرا
على الامتناع بالقوائم او الجناحين متوحشا قال
ابن الشيخ في شرح الوقاية فالحيوان كالظبي الارنب
اذا وقع في الشبكة او سقط في البير او كان ضعيفا
مجروحا وهو متوحش غير ممتنع واذا استانس بالادمي
هو ممتنع غير متوحش فلا يجري الحكم المذكور من
الذبح الاضطراري وان كان ممتنعا ولم يكن متوحشا
في الاصل كالبقر لا يكون صيدا وان كان متوحشا
كالذيب والثعلب لا يكون من الذبائح لانه لا يوكل بل
يكون صيدا ينتفع بجلده ولا بد ان لا يقعد المرسل
والرامي عن طلبه بعد التواري عن بصره الا ان يقعد
لحاجة انسانية كقضاء حاجة واكل عن جوع وشرب
عن عطش وصلاة عن فرض وجلوس عن عي فان
قعد عن طلبه بلا ضرورة فوجده ميتا حرم اكله لقوله
عليه السلام لعل هوام الارض قتلته كما سياتي
تفصيله ولا بد ان لا يشارك المعلم غير المعلم بفتح اللام
فيهما

فيهما فلو ارسل الكلب المعلم وشاركه غير المعلم في جرح صيد
لم يوكل لانه اجتمع فيه المبيح والمحرم معا لا احتراز عنه ممكن
فيرجح المحرم احتياطا ولو شاركه في اخذه دون الجرح كره
كراهة التحريم على الصحيح او لا يشارك المعلم مرسل اسمه
منقول مضافا الى من لا يحل ارساله ككلب المرتد او الوثني
او المجوسي او كلب لم يرسل للصيد او ارسل وترك التسمية
عمدا لما بيناه وان لا يطول وقفته اي وقفة المعلم بعد
الارسال حتى لا ينقطع ارساله بالتسمية لغير ما كان
للصيد فلو وقف الفهد وكمن للاحتيال له في الاخذ فلا يحرم
لان ذلك عادته وكذا بعض الكلاب فلا ينقطع به فور
الارسال كما سياتي ويجوز بكل جارح علم من السباع
والطير من ذي ناب او مخلب اخذ الصيد بطريق الشرع
وفيه اشعار بانهما لا ناب له ولا مخلب لم يحل صيده
بلا ذبح لانه لم يجرح كما في القهستاني ويثبت التعلم
بغالب الراي او بالرجوع الى اهل الخبرة عند الامام
فانه لا تاقيت فيه لان المقادير لا تعرف اجتهادا ولا سماعا
ولا سماع فيه فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله
في جنسه واختيار اهل الخبرة ولان ذلك يختلف
باختلاف طباعها وعندهما وهو رواية عن الامام
يثبت التعلم في ذي الناب بترك الاكل ثلثا لان تركه
مرة يحمل على الشبع ومرتين على التركة واذا تركه ثلثا يحمل
على تركه بجبلته الانتهاب والاستيلاب يقينا
لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في
مدة الخيار ويثبت التعلم في ذي مخلب بالاجابة اذا دعي
بعد الارسال وهو ما روي عن ابن عباس رضي الله

عنه ولان بدنه لا يحتمل الضرب للتعليم كما يحتمل الكلب
ونحوه فاكتفي بغيره مما يدل على التعلم فان في طبعه نفورا
فتعرف زواله برجوعه بالدعاء سواء كان الرجوع في طمعه
بطعم اللحم اولا وقيل لو كان يرجع بلا طمع فهو معلم وان لا
فلا واما مثل الفهد مما يحتمل الضرب فتعليمه بترك الاكل
والاجابة جميعا لان في طبعه الافتراس مع النفور فلو
اكل منه من الصيد الذي اكل اي يحل اكل الباقي من هذه
الصيد لان تعلمها بالاجابة لا بترك الاكل بالاجماع الا عند
الشافعي في الجديد لا يوكل الا اي لا يوكل ان اكل منه الكلب
والفهد عندنا مطلقا سواء كان نادرا او معتادا او لا
وللشافعي قولان فيما اذا اكل نادرا ففي قول يحرم وفي
قول يحل وبه قال مالك ولو اعتاد الاكل حرم ما ظهرت
عادته فيه وهل يحرم ما اكل منه قبل الذي ظهرت
عادته فيه وجهان والاصح ما قلنا لقوله عليه السلام
اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما امسكن
عليك الا ان ياكل الكلب فلا تاكل فاني اخاف ان يكون
انما امسك على نفسه كما في التبيين وعنه فان اكل
ذو ناب من الصيد او ترك ذو مخلب الاجابة بعد
الحكم بتعلمه حرم ما صاده بعده اي بعد ترك الاكل ثلاثا
مرتب على التوالي او بعد ترك الاجابة حتى يتعلم على
الخلاف الذي بيناه انفا وكذا ما صاده قبله اي حرم ما
صاده قبل اكله وقبل ترك الاجابة لان علامة الجهل
في الابتدا فظهر ان الحكم عليه بالتعلم خطا وبقي في ملكه
بان كان محرزا في بيته عند الامام خلافا لهما فان
عندهما لا يحرم الا الذي اكل منه لان تعلمه علم
بالاجتهاد

بالاجتهاد فلا ينتقض باجتهاد اخر وان لم يبق في ملكه بان
ياكله او يتلفه لا تظهر الحرمة لانعدام المحل وانما قلنا
محرزا في بيته لان ما ليس بمحرز بان كان في المفازة
بعد تثبت فيه الحرمة اتفاقا وان شرب الكلب من دمه
اي دم الصيد ولم ياكل من لحمه او نهشه اي الكلب فقطع
منه اي من الصيد بضعة اي قطعة من اللحم فرماها
اي رمى الصائد تلك البضعة واتبعه اي اتبع الكلب
الصيد بعد النهش والقطع والرمي فاخذه وقتله
ولم ياكل منه اكل ذلك لانه بالشرب بدون الاكل امسك
على صاحبه وسلمه اليه وكذا اذا انقطع منه بضعة
ولم ياكل الصيد لان الاول من غاية علمه حيث شرب
ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له وكذا اذا لم
ياكل واخذ ما رماه مطلوب صاحبه وفي كل منهما سلم
الصيد صاحبه وذا لا قدح في تحقق علمه وان وصل اي اكل
الكلب تلك البضعة بعد صيده لا لانه هذا الشيء باكل من
الصيد اذ لم يبق صيدا بعد تسليمه وقبضه صاحبه
وكذا لا يوكل لو اكل ما اطعمه صاحبه من الصيد لانه لم
يبق صيدا كما اذا القى اليه طعاما غيره او اكل هو اي
الكلب بنفسه منه اي من الصيد بان خطف شيئا منه
بعد امر صاحبه لانه خرج كونه صيدا وفي هذه
الحالة بخلاف ما لو اكل القطعة قبل اخذه الصيد اي نهش
الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله
ولم ياكل منه لا يوكل لما مر انه اكل في حالة الاصطياد فتبين
انه جاهل ممسك على نفسه وان خنقه اي خنق الكلب
الصيد فلم يجرحه لا يوكل لان الجرح شرط على ظاهر

علي ما ذكرناه وهذا يدلك علي انه لا يحل بالكسر وعن
الامام انه اذا كسر عضوا فقتله لا باس باكله لانه جراحة
باطنة فهي كالجراحة الظاهرة كما في الهداية وفي الغاية
الفتوى علي ظاهر الرواية وكذا ان شاركه كلب
غير معلم او كلب مجوسي او كلب ترك مرسله التسمية
عمدا هذه المسئلة مستدركة لانها ذكرت بعينها
انفا فلا فائدة في ذكرها ثانيا الا ان يقال توطية
الي قوله وان ارسل مسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر
والمراد بالزجر التهييج اي هيجه فهاج بان صاح عليه فازداد
في العدو كما في التبيين حل اكل الصيد وبالعكس يعني
ان ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر حرم اكله الحاصل
انه اذا اجتمع الارسال والاغراء فالعبرة للارسال
لان الزجر دون الارسال لكونه بناء علي الارسال فلا
ينسخ به الارسال لان الشيء لا يرتفع الا بمثله او بما فوقه
كما في نسخ الاي فلا يرتفع ارسال المسلم بزجر المجوسي
ولا ارسال المجوسي بزجر المسلم فيبقي كل واحد منهما علي ما كان
عليه وفي الهداية وكل من لا يجوز ذكاته كالمرتد
والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي
وان لم يرسله اي الكلب احد فزجره مسلم او غيره
فانزجر للزجر اي لو انبعث الكلب بنفسه علي الصيد
فزجره مسلم فانزجر واخذه حل اكله استحسانا
والقياس ان لا يحل لان الارسال ذكاة اضطرارية
ولهذا اشترط فيه التسمية فاذا لم يوجد تنعدم الزكاة
حقيقة وحكما فلا يحل وجه الاستحسان ان الزجر عند عدم
الارسال بمنزلة الارسال لان انزجاره عقيب
زجره

زجره دليل علي طاعته وان ارسله اي الكلب ولم يسم وقت
الارسال عمدا ثم زجره فسمي فالعبرة لحالة الارسال يعني
لا يوكل فلا عبرة بالتسمية وقت الزجر وان ارسله علي
صيد فاخذ الكلب غيره اي غير الصيد حل ما دام علي سنن
ارساله وقال مالك لا يحل لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال
مختص بالمشار ولنا ان الارسال شرط غير مقيد لان
المقصود حصول الصيد اذ لا يقدر علي الوفاء به اذ لا يمكنه
تعليمه علي وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره ما دام لم
يعدل عن سننه ولو عدل يمنة ويسرة وتشاغل
في غير طلب الصيد وترك سننه واتبع الصيد فاخذه لم
يوكل لانه غير مرسل اليه وكذا لو ارسله علي صيود بتسمية
واحدة فاخذ كلها حلت الصيود كلها لان المقصود به
حصول الصيد والذبح يقع بالارسال وهو فعل واحد فتكفي
فيه تسمية واحدة بخلاف من ذبح الشاتين بتسمية
واحدة لان الثانية مذبوحة بفعل اخر فلا بد من تسمية
اخرى وان ارسل الفهد فكمن حتي استمكن ثم اخذ حل
لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع
الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد ذلك اي الكمون فيكون
حينئذ بمنزلة الفهد وما ارسله اي الكلب علي صيد
فقتله ثم اخذ اخر فقتله اكلا جميعا لان الارسال
قائم لم ينقطع كما لو رمي صيدا فاصاب اثنين اي اصابه
وغيره حلا ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا ثم
مر به صيد اخر لا يوكل الثاني لانقطاع
الارسال اذ لم يكن ذلك حيلة للاصطياد وانما كان استراحة
بخلاف ما تقدم واذا رمي سهمه وسمي اكل ما اصاب ان جرحه

اي السهم لانه ذبح حكمي ولا يحل بدون الذبح لما روي عن عدي
ابن حاتم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا
رميت فسميت فخزقت فكل وان لم تخزق فلا تاكل وان
تركها اي التسمية عمدا حرم اكله لاشتراط التسمية في
كل ذبح حقيقة او حكما بالنص وان وقع السهم بالي
بصيد فتحامل اي تكلف في المشي حاملا لنفسه وغاب
الصيد ولم يقعد الرامي عن طلبه اي الصيد ثم وجده
اي الصيد ميتا حل ان لم يكن جراحة غير جراحة السهم
لقوله عليه السلام لابي ثعلبة اذا رميت سهمك فغاب
ثلاثة ايام فادركته فكل ما لم ينتن رواه مسلم واما
لو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه يظهر
حينئذ لموته سببان احدهما موجب لحله والاخر موجب
لحرمته فيتغلب الموجب لحرمته مع ان الموهوم في مثل
هذا كالمتحقق بدليل قوله عليه السلام لعل هوام
الارض قتلته خلافا للشافعي ولا يحل ان قعد عن
طلبه ثم وجده ميتا لان الاحتراز عن مثله ممكن فلا
ضرورة اليه فيحرم وهو القياس في الكل الا انا تركناه
للضرورة فيما لا يمكن التحرز عنه وبقي على الاصل فيما
يمكن وفي التبيين وجعل قاضيخان في فتاواه من
شرط حل الصيد ان لا يتوارى عن بصره ثم قال وهذا
نص على ان الصيد يحرم بالتواري وان لم يقعد عن
طلبه واليه اشار صاحب الهداية بقوله والذي
رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنك
اذا لم يبت حل فاذا بات ليلة لا يحل وهذا يشير الى
انه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه

فيكون

فيكون مناقضا لقوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل
حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصاب به ميتا اكل
وان قعد عنه لم يؤكل فبنى الامر على الطلب وعدمه لا
على التواري وعدمه وعلى هذا اكثر كتب فقه اصحابنا
ولو حمل ما ذكره على ما قعد عن طلبه كان يستقيم ولم
يناقض لكنه خلاف الظاهر انتهى لكن يمكن ان يقال ان
كلام صاحب الهداية مبني على ان مدار الحل وعدمه
عدم التواري وذكر الطلب فيما سبق الاعلام ان مجرد
التواري لا يضر بل لا بد مع هذا من ان يقعد عن طلبه
حتى يتحقق كمال التواري فانه اذا غاب المرمي ولم يقعد
الرامي عن طلبه فوجده ميتا لا يعد هذا تواريا وقد
اومى اليه صاحب الهداية بقوله الا انا اسقطنا اعتباره
اي اعتبار الموهوم ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى
الاصطياد عنه وفي النهاية اي عن التغيب عن بصره في
الغياض والمشاجر والبراري والطير بعدما اصابه السهم
يتحامل ويطير حتى يغيب عن بصره فيسقط اعتباره ضرورة
اذا كان في طلبه لان الطالب كالواجد ولا ضرورة فيما
اذا قعد عن طلبه ولانه لو قعد يكون التواري بسبب
عمله ويمكن الاحتراز عن ذلك التواري بان يتبع اثره
ولا يشتغل بعمل اخر والحكم فيما جرحه الكلب بالارسال
كالحكم فيما جرحه السهم في جميع ما ذكر وان رماه اي الصيد
فوقع في ماء فمات فيه اي في الماء او وقع على سطح او على جبل
او شجر او حائط او اجرة ثم تردى منه الى الارض فمات حرم
اكله لانه المتردية وهي حرام بالنص ولان احتمال الموت بغير
الرمي اذ الماء مهلك قيل هذا اذا لم يقع الجرح مهلكا في

الحال اما اذا كان مهلكا لو وقوعه في الماء حيا لا يحل لان
الحياة الباقية فيه كالحيوات في المذبوح بعد الذبح
فيؤكل وكذا التسقوط من علو لاحتمال ان يكون موت
السقوط لا من الجرح هذا اذا لم يكن الجرح مهلكا في
الحال اما اذا كان مهلكا وبقي فيه من الحياة بقدر ما في
المذبوح ثم تردى يحل كما في الهداية وكذا الحكم لو وقع على
رمح منصوب او قصبة قائمة او حرفه اي طرف اجره
فجرح لحصول الاحتمال ان احد هذه الاشياء قتله بحدته
او بترديه وهو ممكن الاحتراز عنه وان وقع على الارض
ابتداء حل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب
الاصطياد بخلاف ما اذا امكن × ترجيح المحرم عند
التعارض على ما هو الاصل في الشرع كما في التبيين وكذا
لو وقع على صخرة فاستقر عليها وكذا لو وقع على جبل او ظهر
بيت ولم يترد منه فانه يحل لان وقوعه على هذه
الاشياء وعلى الارض سواء كما في الهداية وذكر في المنتقى
او وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب
اخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروي من قوله
فاستقر عليها في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله
اي رواية المنتقى شمس الائمة السرخسي على ما اصابه
حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل
على انه لم يصبه من الاجرة الا ما يصيبه من الارض
لو وقع عليه وذلك عفو كما لو وقع على الارض فانشق بطنه
وهذا اي ما فعله شمس الائمة اصح ولك ان تقول ان
ذكر هذه المسئلة مستدركة لانها ذكرت بعينها انفا
فلا فائدة في ذكرها ثانيا الا ان يقال ذكرها تمهيدا

التحرز عنه لان اعتباره
لا يؤدي الى الحرج فامكن

لقوله

لقوله وان كان الطير مائيا لو وقع فيه اي في الماء فان انغمس
جرحه بهم الجيم فيه اي في الماء حرم لاحتمال الموت بالماء
وبه قالت الائمة الثلاثة اذا كانت جراحة غير مهلكة اما
اذا كانت مهلكة يحل عند الشافعي ومالك والا اي وان
لم ينغمس جرحه في الماء حل لتيقن الموت بالرمي ويحرم
ما قتله المعراض وهو اسم لسهم لا ريش له يمضي على عرضه
فيصيب بعرضه لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده
فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل ولانه لا بد له من الجرح
ليتحقق معنى الذكاة كما في الهداية او البندقة معطوف
على المعراض اي يحرم ما قتله البندقة وهي طينة مدورة
يرمى بها لانه يدق ويكسر ولا يجرح فصار كالمعراض اذا لم
يخرق ولم يجرحه فقيد لهما وان اصابه اي اصاب الرامي
الصيد بحجر اي بان رماه بحجر وجرحه بحده بكسر الحاء يعني
الحدة كما في شرح المجمع والظاهر انه بالفتح بمعنى طرفه
فان كان الحجر ثقيلا لا يؤكل لاحتمال انه قتل بثقله وان
كان خفيفا اكل لتعين الموت بالجرح وان كان خفيفا
وجعله اي الحجر طويلا كالسهم وبه حده فانه يحل لانه يقتله
بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم يبضع بضعا لا يحل لانه
قتله دقا كما في الهداية وان لم يجرحه لا يؤكل مطلقا اي سواء
كان ثقيلا وخفيفا لاشتراط الجرح ولو رماه بسيف
او سكين فاصابه ظهره اي ظهر السيف والسكين او
مقبضه اي مقبض السيف والسكين فقتله لا يؤكل لانه
قتله دقا والحد بيده غير منه سواء الاصل في هذه
المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان
الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما

وان وقع الشك ولا يدري أمات بالجرح او بالثقل كان حراما
احتياطا ويشترط في الجرح الادماء لقوله عليه السلام ما انهر
الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وقيل لا يشترط
الادماء لاتيان ما في وسعه وهو الجرح واخراج الدم ليس في
وسعه فلا يكون مكلفا لان الدم قد يحتبس لغلظ او لضيق
المنفذ بين العروق وكان ذلك ليس في وسعه وقيل ان كان الجرح
كبيرا لا يشترط الادماء وان كان صغيرا يشترط لان الكبير انما
لا يخرج منه الدم لعدمه والصغير لضيق المخرج ظاهرا
فيكون التقصير منه وان اصاب السهم ظلفه اي ظلف
الصيد بكسر الظاء اي حافره او قرنه فان ادماه حل اكله والا
فلا يحل وهذا يؤيد قول من يشترط خروج الدم
ولو ذبح شاة او غيرها فتحركت بعدما ذبح وخرج منها دم
مسفوح يوكل ولو لم تتحرك ولم يخرج الدم لا توكل ولو لم تتحرك
وخرج الدم المسفوح او تحرك ولم يخرج منها الدم اكلت وان
علم حياتها عند الذبح يوكل وان لم يخرج الدم ولم تتحرك
وان رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد دون العضو
اي يوكل صيد قطع عضو منه بالرمي كاليد او الرجل
لانه ذابح برميه ولا يوكل عضوه المقطوع لقوله عليه السلام
ما ابين من الحي فهو ميت فذكر عليه السلام الحي مطلقا
فينصرف الى الحي الحقيقي وعند الشافعي يوكلان اذا مات
الصيد في الحال ولا يوكل البائن منه لا الحيوان وان قطعه
اي العضو ولم يبنه فانه ان احتمل التيامه فمات اكل العضو
ايضا اي كما يوكل الصيد لانه بمنزلة سائر اجزائه والا اي
وان لم يحتمل ولم يتوهم التيامه بعلاج ان بقي منه معلقا
بجلده فلا يوكل البائن لوجود الابانة معنى والعبرة
للمعاني

٣٤٨
448

او رصاص او شبه او اديم ولا باس بستر حيطان البيت
باللبود ونحو اللبد للبرد لان فيه منفعة ويكره للزينة
وكذا ارخاء الستر على البيت يعني لا يكره اذا كان لدفع
البرد ويكره ان للتكبر فاذا ادى الفرائض من النفقة
والكسوة ونحوهما واحب ان يتنعم بمنظر حسن وجوار
جميلة فلا باس به لان النبي عليه السلام تسرى مارية
مارية ام ابراهيم مع ما كان عنده من الحرائر والاصل
فيه قوله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده
والقناعة بادنى الكفاية وصرف الباقي الى ما ينفع
في الاخرة اولى لان عند الله خير وابقى كتاب
احياء الموات مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز
ان يكون من حيث ان مسائل هذا الكتاب ما يكره وما
لا يكره ومن محاسنه التسبب في الخصب في اقوات الانام
ومشروعيته بقوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة
فهي له وشروطه سنذكر في اثناء الكلام وسببه تعلق
البقاء المقدر وحكمه تملك المحيي ما احياه كما في الهداية
الموات لغة حيوان مات وتسمى ارض لا مالك لها ولا ينتفع
بها بالموت تشبيها بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع
فالمراد من الاحياء عرفا التصرف والانتفاع بان يبني فيها
بناء او يزرع فيها زرعا او يغرس فيها شجرا او نحو ذلك وشرعا
هي اي الموات ما نفع لهم وصفها على وزن فعال من الموت
ارض لا ينتفع بها اي بالارض لانقطاع الماء عنها اصلا
او عارضا بحيث لا يرجى عوده او لغلبة الماء عليها او نحوها
مما يمنع الانتفاع مثل غلبة الرمل والحجر والشوك
ومثل ان يكون الارض مالحة او غيرها عادية اي قديمة

عن مملوكة لاحد من زمان بعيد وكذا النسب الى عادية
او مملوكة في الاسلام لكن ليس لها اليوم مالك معين
مسلم او ذمي سواء كان فيها اثار العمارة او لا فان حكمها
كالموات حيث يتصرف الامام كما يتصرف في الموات
لكن لو ظهر لها مالك يرد عليه ويضمن نقصانها ان
نقصت بالزراعة والا فلا وعن محمد لا يحيى ما له اثار
العمارة ولا يوخذ منه التراب كالقصور الخربة كما في
القهستاني وقيد بالنفي لها مالك لانها اذا كانت
مملوكة لمسلم او ذمي لم يكن مواتا وان مضت عليه
القرون وصارت خربة وفي الذخيرة ان الاراضي
التي انقرض اهلها كالموات علم لها مالك معين او لا
وقيل كاللقطة وعند محمد ان ملكت في الاسلام لا تكون
مواتا علم لها مالك معين او لا بل تكون لجماعة المسلمين
ويشترط عند ابي يوسف كونها اي الارض بعيدة عن
العامر اي البلد والقرية فان العامر بمعنى المعمور لان
الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع احتياج
اهلها اليه كرعي مواشيهم وطرح حصائدهم فلا يكون
مواتا وحد البعيد ان يكون في مكان بحيث لو صاح من
اقصاه اي لو وقف انسان في العامر فصاح باعلى صوته
لا يسمع فيها فانه موات وان كان يسمع فليس بموات
وفي رواية عنه ان البعد قدر غلوة كما في الذخيرة
وعند محمد يشترط ان لا ينتفع بها اي بالارض اهل
العامر من حيث الاحتطاب والاحتشاش الى غير ذلك
ولو وصلية قريبة منه اي من العامر حتى لا يجوز
احيا ما ينتفع به اهل القرية وان كان بعيدا او يجوز
احيا

احيا ما لا ينتفعون به وان كان قريبا من العامر وبه قالت
الايمة الثلاثة وشمس الايمة اعتمد قول ابي يوسف كما في
التبيين وفي القهستاني وبقول محمد يفتى كما في زكاة
الكبرى وهو ظاهر الرواية كما في شرح الطحاوي والمفهوم
من كلام صاحب التسهيل ان قول الامام كقول ابي يوسف
في اشتراط البعد حيث قال اعتبر محمد عدم الارتفاق
لا البعد خلافا لهما ومن احياها اي الموات باذن
الامام او نائبه ولو وصلية ذميا ملكها اي ملك المحيي
الموات وبلا اذنه اي بلا اذن الامام او نائبه لا يملكها
عند الامام خلافا لهما فان عندهما يملكها بدون الاذن
لانها كانت مباحة ويده سبقت اليها بالخصوص فيملكها
كما في الحطب والصيد وبه قالت الايمة الثلاثة الا عند مالك
لو تشاحا اهل العامر يعتبر الاذن والا فلا وللامام ان
الارض مغنومة لاستيلاء المسلمين عليها فلم يكن لاحد
ان يختص بدون اذن الامام كسائر الغنائم وفي القهستاني
وان كان مستامنا فلا يملكها اصلا بالاتفاق وفي التبيين
ولو تركها بعد الاحيا وزرعها غيره فقيل الثاني احق بها
لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح ان
الاول احق بها لانه ملك رقبتها بالاحيا فلا يخرج
عن ملكه بالترك ولو احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحيا
بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب تعين
للجانب الرابع للاستطراق وملك الذمي بالاحيا كالمسلم
لانهما لا يختلفان في سبب الملك انتهى ولا يجوز احيا ما
قرب من العامر بل يترك مرعى لاهل القرية ومطرحا
لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا او تقديرا

فضار كالنهر والطريق وعلى هذا قالوا ليس للامام ان يقطع
ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي منها الناس في
التبيين لكن بين هذا وبين ما نقلنا عنه وهو قوله ويجوز
احياء ما لا ينتفعون به وان كان قريبا من العامر وقول
المص وعند محمد ان لا ينتفع به اهل العامر ولو قريبة منه
مخالفة لان مقتضاها ان يجوز احياء ما قرب من العامر
على تقدير عدم انتفاعهم بها تتبع ولا يجوز احياء ما
عدل اي رجع عنه الماء الفرات ونحوها كدجلة والشاط
وغيرها واحتمل عوده اليه لحاجة العامة الى كونه نهرا فات
الظاهر بالواو ولم يحتمل عوده الى مكانه ولم يكن على قول
ابي يوسف حريما لعامر جاز احياؤه لكونه ملحقا بالموات
ومن حجر ارضا ثلاث سنين ولم يعمرها اي الارض اخذت
الارض منه اي من المحجر ودفعت الى غيره اي غير المحجر لان
الدفع كان اليه ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين
من حيث العشر والخراج فاذا لم تحصل يدفعه الى غيره
تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء في الصحيح لان
الاحياء جعلها صالحة للزراعة والتحجير للاعلام بوضع
الاحجار حولها انه قصد احياءها كونه من الحجر بالحركة
وقيل اشتقاقه من الحجر بالسكون هو المنع لانه من اعلم
في قطعة ارض من الموات علامة بوضع الاحجار او الشوك
اطرافها او باحراق ما فيها من الشوك وغيره فكانه منع الغير
فسمي فعله تحجيرا ولا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها
لكنه هو اولى بها وانما قدر بثلاث سنين لقول عمر ليس
لمحجر بعد ثلاث سنين حق وهذا من طريق الديانة فاما
اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكه لتحقق الاحيا

منه

منه دون الاول ونظيره الاستيام وحفر المعدن وان حفر بها
بيرا فهو تحجير وليس باحياء وكذا اذا جعل الشوك حولها او
كربها او ضرب عليها المسناة او شق لها نهرا فهو احياء كما في
التبيين ومن حفر بيرا في ارض موات فله حريمها ان حفرها
باذن الامام لانه احياء باذن عنده والا لا وكذا له حريمها
ان حفرها بغير اذنه عندهما لان حفر البير احياء عندهما
سواء باذن او بغير الاذن وحريم بير العطن التي ينزح
الماء منها باليد فمناخ الابل حولها للشرب اربعون ذراعا
من كل جانب لقوله عليه السلام من حفر بيرا فله مما حولها
اربعون ذراعا من كل جانب عطنا لماشيته ولان الحافر
لا يتمكن من الانتفاع ببيره الا بحريمها هو الصحيح احترازا
عما قيل الاربعون من الجوانب الاربعة من كل جانب
عشرة اذرع لان ظاهر اللفظ يعم الجوانب الاربعة
والصحيح ما في المتن لان في الاراضي الرخوة يتحول الماء
الى ما يحفر دونها فيؤدي الى اختلاف حقه وكذا اربعون
ذراعا من جانب في الصحيح حريم بير الناضح التي نزح الماء
بالناضح عند الامام وعندهما للناضح ستون اي حريمها
ستون ذراعا لقوله عليه السلام حريم العين خمسمائة
ذراعا وحريم العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح
ستون ذراعا وله عليه السلام من حفر بيرا فله ما حولها
اربعون ذراعا من غير فصل ولما تعارض الخبران اخذنا
بالاقل لتيقنه وفي المحيط اذا كان عمقها زائدا على
اربعين يزاد عليه وحريم العين خمسمائة ذراع من
كل جانب لما روينا ولان العين تستخرج للزراعة فلا
بد من مكان يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن

موضع ينزل فيه المسافر والدواب ومن موضع يحرك فيه الى
المزارع والمراتع فيقدر بالزيادة قيل لو كانت عادية فحريمها
خمسون ذراعا وعند الشافعي ومالك يعتبر العرف في
الحريم مطلقا ويمنع غيره اي غير حافر البئر والعين من
الحفر في حريمه لانه بالحفر ملك حريم ذلك المحفور فليس
لغيره ان يتصرف في ملكه لا يمنع من الحفر فيما وراءه اي فيما
وراء الحريم لعدم تعلق حقه بما وراءه وان حفر احد بئرا فيه
اي في داخل الحريم ضمن الاول الثاني النقصان بان
يقوم الاول قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان
ما بينهما ويكبس الامام او بنفسه اي يملاها بالتراب
كما اذا هدم جدار غيره فانه لا يؤمر بان يبني جداره
بل يضمن قيمة بنائه ممن يبني بنفسه هو الصحيح كما في
الهداية وقيل لا يضمنه النقصان وان يأخذه بكبس
ما احتفره لان ازالة جناية حفره كما في الكفاية كما لو القى كناسته
في دار غيره فانه يؤاخذ برفعها وما عطب في الاولى فلا
ضمان فيه لانه غير متعد اما ان كان باذن الامام
فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر للامام
انه يجعل الحفر تحجيرا وهو تسبيل عنه بغير اذن الامام
والتحجير لا يكون متعديا فلا يضمن بالاتفاق وان كان
لا يملكه بدون الاذن وما عطب في الثانية ففيه الضمان
لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره كما في الهداية
وان حفر بئرا باذن الامام فيما وراء حريم الاول
قريبة منه فذهب ماء البئر الاولى وعرف ان ذهابه
من حفر الثاني فلا شيء عليه لانه غير متعد فيما صنع
وللقناة الارض غير مملوكة لاحد فليس له ان يخاصمه

في تحويل

رس
٣٦
٤٥١

مطلب لو فتح حانوتا بجانب حانوت آخر او غيره ومما يباع فيهما شي واحد فكسد الاول ليس له منع الثاني

في تحويل ما بينه الى بئر الثاني كالتاجر اذا كان له حانوت
فاتخذ آخر بجنبه حانوتا لمثل تلك التجارة فكسدت
تجارة الاول بذلك لم يكن له ان يخاصم الثاني كما في الدرر
وله اي للذي يحفر فيما وراء الحريم متصلا بحريم البئر
الاولى الحريم من الجوانب الثلاثة مما اي من جانب سوى
حريم الحافر الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه وان اراد
التوسعة عليه حفر بعيدا من حريم البئر الاولى وللقناة
التي تجري تحت الارض حريم بقدر ما يصلحها اي يحتاج
اليه لالقاء الطين ونحوه عند الامام وقيل لا حريم لها
ما لم يظهر ماؤها على الارض لكونها جوف الارض كالنهر
وقيل انه مفوض الى رأي الامام كما في الاختيار وعندهما
هي اي القناة كالبئر في استحقاق الحريم وان ظهر
ماؤها اي ماء القناة فهي كالعين الفوارة اجماعا فيقدر
حريمها بخمسمائة ذراع ولا حريم لنهر فهو يجري كبير لا
يحتاج الى الكري في كل حين في ارض الغير الا بحجة اي
من كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند الامام
الا ان يقيم بينة على ثبوت الحريم له وعندهما له اي للنهر
مسناة اي مسناة نهره لانه يمشي عليها ويلقي طينه عليها
قيل هذه المسئلة بناء على احياء نهر في ارض موات باذن
الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لكن
المحققين من مشايخنا قالوا ان له الحريم بالاتفاق
بقدر ما يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه وهو الصحيح كما في
القهستاني نقلا عن التتمة وهذا الحريم بقدر نصف
عرضه من كل جانب عند ابي يوسف لان المعتبر الحاجة
الغالبة وذكر بنقل ترابه الى حافتيه فيكفي ما ذكرناه

ويقدر حريمه عند محمد من كل جانب لانه قد لا يمكنه القا الزاب
من الجانبين فيحتاج الي القايه في احدهما فيقدر في كل
طرف ببطن النهر والمؤمن على هذا الاختلاف لهما انه لا
انتفاع بالنهر الا بالحريم لانه يحتاج الي المشي فيه لتسييل
الما ولا يكون ذلك عادة في بطنه وان القا الطين ولا
يمكنه النقل الي مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا
بالبير وله ان الحريم ثبت في البير بالنص على خلاف القياس
فيقتصر على مورده ولان الحاجة في البير اكثر لانه لا يمكن
الانتفاع بما البير بدون الاستقا ولا استقا الا بالحريم
واما النهر فيمكن الانتفاع بما النهر بدون الحريم وفي
الشمني وانما اختلف الامام وصاحباه في موضع الاشتباه
وهو ان يكون موازيا للارض ولا فاصل بينهما وان لا يكون
الحريم مشغولا بحق احدهما كالغرس حتى لو كان مشغولا
بحق احدهما كان احق به بالاتفاق انتهى وانما قلنا هو يجري
كي لان المجري لو كان صغيرا احتاج الي الكري في كل وقت
فله الحريم بالاتفاق كما في الكفاية وهو اي قول محمد
الارفق بالناس الذين هم اهل النهر كما في الهداية
وغيرها وفي القهستاني نقلا عن الكرماني والفتوي
على قول ابي يوسف فالمسناة مبتدا خبره قوله الاتي لصاحب
الارض وتفريع على الخلاف الذي ورد في المسناة التي
بين النهر يعني تفريع اصغه للمسناة والارض الاخر
والحال انها ليست في يد احدهما بان لم يكن عليها غرس
ولا طين ملقي لواحد منهما او لا ينتصب الشغل او لي لانه
صاحب يد وان كان لكل واحد منهما يد فيشتركان فيها ولو
كان عليها غرس لا يدري من غرسه فهو من مواضع الخلاف

لصاحب

لصاحب الارض هذا عند الامام اذ لا حريم للنهر عنده فلا
يغرس فيها صاحب النهر ولا يلقي عليها طينه ولا يمر لكونها
تعديا منه في حق مالكها وقيل له اي لصاحب النهر المرور
والقا الطين فيها ما لم يفحش وهو الصحيح كما في التبيين وغيره
لانه لا يبطل بذلك حق صاحب الارض وبذلك جرت العادة
ولكن لا يغرس فيه الا المالك فعندهما هي اي المسناة لرب
النهر فله ذلك اي الغرس والالقا والمرور بناء على اصلهما
كما مر انفا وقال الفقيه ابو جعفر اخذ بقول الامام
في الغرس وبقولهما في القا الطين فلا يغرس فيها صاحب
النهر كيلا يبطل حق مالكها ولكن يلقي الطين للحاجة
والضرر ومن غرس شجرة في ارض موات فله حريمها خمسة
اذرع من كل جانب كما جزم به في المختار حيث قال ولو
غرس شجرة في ارض موات فحريمها من كل جانب خمسة
اذرع ليس لغيره ان يغرس فيه انتهى يمنع غيره من الغرس
فيه لانه يحتاج الي الحريم لجذاذ ثمرة والوضع فيه

فصل في الشرب

لما فرغ من احيا الموات ذكر ما
يتعلق من مسائل الشرب لان احيا الموات يحتاج اليه
وفي القهستاني الشرب بالكسر اسم المصدر فهو لغة
كما الشرب وبه اليه اشار بقوله هو اي الشرب النصيب
قال الله تعالي لها شرب ولكم شرب يوم معلوم اي نصيب
من الما اي الحظ المعين من الما الجاري او الراكد للحيوانات
او للجماد وشريعة زمان الانتفاع بالما سقيا للمزارع
او الدواب والشفة شرب بني ادم اي استعمالهم الما لدفع
العطش او للطبخ او الوضوء والغسل وغسل الثياب او نحوها
وشرب البهايم اي استعمالهم الما للعطش ونحوه ما يناسبها

والبهيمة ما لا نطق له وذلك لما في صوته من الابهام لكن يخص
بما في التعارف بما عدا السباع والطير كما في القهستاني ~
الانهار العظام كالفرات نهر الكوفة ودجلة نهر بغداد غير
مملوكة لاحد لعدم ثبوت يده على الخصوص لان قهرها يمنع ~
قهر غيره فلا يكون محرزا وتملك بالاحراز ولكل احد فيها
اي في الانهار العظام حق الشفة والوضوء ونصب الرحى
وكري نهر الى ارضه لقوله عليه السلام المسلمون شركاء في
ثلاثة الماء والكلاء والنار ولان الانتفاع بالانهار كالانتفاع
بالشمس والقمر لا يمنع منه احد على اي وجه كان وشرط
لجواز الانتفاع ان لم يضر الشق بالعامة وان كان
مضرا بان مال الماء الى جانب تغرق الاراضي ليس له الشق
ونصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي
وفي الانهار المملوكة والحوض والبئر والقناة لكل احد
حق الشفة وحق سقي الدواب ان لم يخف التخريب بكثرة
الدواب يمنع لان الحق لصاحبه على الخصوص وانما
اثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته
على وجه يتضرر به صاحبه او لم يخف الاتيان على
جميع الماء وفي الهداية الشفة اذا كان ياتي على الماء
كله بان كان نهرا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي ~
كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا تردها
في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب
وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع
تفويت حقه انتهى وفي التبيين واختلفوا فيه قال
بعضهم لا يمنع لاطلاق ما روينا انتهى وقال اكثرهم له
ان يمنع لانه يلحقه ضرر بذلك كسقي الاراضي انتهى وهذا
اعتبار

المواشي حتى لو خيف التخريب بكثرة

اختار المصنف المنع ثانيا للاكثر لا سقي ارضه او شجره اي ليس لاحد
سقي ارضه وشجره من نهر غيره وقناته وبئره وحوضه
الا باذن مالكه لان الحق له فيتوقف على اذنه وفي المنح
نقلا عن الخانية نهر لقوم ولرجل ارض بجنبه ليس له
شرب من هذا النهر وليس له ان يسقي منه ارضا او شجرا
او زرعا ولا ان ينصب دولابا على النهر لارضه وان اراد
ان يرفع الماء منه بالقرب والاواني ويسقي زرعه او شجره
اختلف المشايخ والاصح انه ليس له ذلك ولاهل النهر
ان يمنعوه وله اي لكل احد الاخذ للماء منه للوضوء وغسل
الثياب ولو بغير رضاه لئلا يلزم ما هو ممنوع شرعا
وسقي شجر وخضر تحتها في داره بالجرار في الاصح قال
في المنح لو اتخذ في داره خضرة او شجرة واراد ان يسقي ذلك
بالاواني من نهر لغيره اختلفوا فيه قال بعض مشايخ بلخ
ليس له ذلك الا باذن صاحب الماء ليس له سقي شجره
او خضرة في داره وقال شمس الائمة السرخسي لان
الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة
وما احرز من الماء بجب او كوز او نحوه لا يوخذ الا برضاء
صاحبه وله اي لصاحب الماء المحرز بيعه اي بيع الماء لانه ملكه
بالاحراز وصار كالصيد اذا اخذه الا انه لا قطع في سرقته
بقيا من شبهة الشركة فيه بالحديث فان قيل هذا الاعتبار
ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى خلق لكم
ما في الارض جميعا يصير شبهة قلنا لو اقوله تعالى خلق
لكم ما في الارض مقابلة الجمع بالجمع يقتضي انقسام
الاحاد بالاحاد كقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم
وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز الزوا بكم

على الاربع وفيما نحن فيه من الحديث اثبت الشركة للناس
ثلاثا ولو كانت البئر او العين او النهر ملكا احد فله اي لصاحبها
المنع من يريد الشفعة من الدخول اي في ملكه اذا كان
يجد ماء اخر بقرب منه في غير ملك او في ارض مباحة لعدم الضرورة
فان لم يجد غيره اي غير ذلك الماء يقال له اي لصاحبه اما ان تخرج
اليه او تمكنه من التمكين من الدخول بشرط ان لا يكسر
ضفته هذا اعني الطحاوي وقيل ما قال الصحيح فيما اذا احتفر
في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات ليس له
ان يمنعه كما في الهداية فان لم يفعل ما ذكر من الاخراج
والتمكين وخيف العطش على نفسه الطالب او دابته قوتل
بالسلاح لاثر عمر رضي الله عنه ولانه قصد اتلافه بمنع
حقه وهو الشفعة لان الماء في البئر والنهر ونحوهما مباح
وفي الماء المحرز في الاواني يقاتل بغير سلاح يعني عند خوف
الهلاك اذا كان فيه فضل من حاجته ولا يقاتله بالسلاح
لانه ملكه بالاحراز حتى كان له تضمينه الا انه مامور ان
يدفع اليه قدر حاجته فبالمنع خالف الامر فيؤدبه كما
في الاختيار كما في الطعام حالة المخمصة والمفهوم من
الكافي وغيره جواز ان يقاتله بالسلاح لانه قال
الاولى ان يقاتله بغير سلاح لانه ارتكب معصية فصار
ذلك بمنزلة التعزير

فصل في كري الانهار

وكري الانهار العظام من بيت المال خبر كري الانهار
وفي الهداية الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم
يدخل ماؤه في المقاسم بعد اي قط كالفرات ونحوه ونهر
مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك
دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما

استحقاق

فيأخذ بنفسه

استحقاق الشفعة به وعدمه والاول كريه على السلطان
من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فتكون
مونته عليهم وتصرف اليه من مونة الخراج والجزية
دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول
للنوائب وان لم يكن فيه اي في بيت المال شي فعلى العامة
اي فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذ
هم لا يجتمعون ولا يتفقون عليه بانفسهم ولا يقيمون
ان لم يجبرهم الامام عليه وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو
تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج للكري من كان يطيقه
ويجعل مونته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم
كما يفعله في تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق
على القتال ويجعل مونته على الاغنيا وكري ما ملك
ودخل ماؤه في المقاسم قوله ملك على صيغة المبني
للمفعول على اربابه وهذا النوع الثاني ان يكون
عاما من وجه خاصا من وجه والثالث ان يكون خاصا
من كل وجه والفارق بينهما ان ما يستحق به الشفعة
فهو خاص من كل وجه وما لا يستحق فهو عام من
وجه فكريه على اهله لا على بيت المال لان منفعته
لهم على الخصوص فتكون مونته عليهم لان الغرم
بالغنم لا على اهل الشفعة لانهم لا يحصون اذ لاهل الدنيا
كلهم حق الشفعة ولانهم اتباع والمونة تجب على الاصول
دون الاتباع ويجبر من ابى عن الكري دفعا للضرر
ببقية الشركاء وقيل لا يجبر في المملوك الخاص لان كل
واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه بالكري بامر
القاضي ثم يرجع على الابي ولا كذلك الاول ومونته

اي مونة الكري المشترك عليهم اي علي الارباب من اعلاه
اي من اعلا النهر واذا جاوز الكري ارض رجل من الشركا
سقطت المونة عنه اي عن الرجل عند الامام وفي
الخانية الفتوي علي قوله وليس له اي للرجل سقي ارضه
ما لم يفرغ شركاوه عن الكري لاختصاصه بالانتفاع
بالماء دون شركائه وقالا اي للرجل ذلك اي السقي قبل
فراغهم وعندهما هي اي المونة عليهم اي الارباب
جميعا من اوله اي اول النهر الي اخره بحصص الشرب
وبيانه ان الشركا في النهر اذا كانوا عشرة مثلا فعلي
كل واحد منهم عشر مونة الكري فاذا جاوز عن ارض
احدهم فعلي كل من الباقين تسعها واذا جاوز عن
ارض اخري فعلي كل منهما ثمنها هذا عند الامام وقالا
علي كل منهما اعشارا من اول الكري الي اخره لان لصاحب
الاعلي حقا في الاسفل لاحتياجه الي تسييل ما فضل
من الماء فيه وله ان المقصد من الكري الانتفاع
بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلي فلا يلزمه الانتفاع
انتفاع غيره وليس علي صاحب المسيل عمارته كما اذا
كان له مسيل علي سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع
الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه
اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره
وهو مروي عن محمد والاول اصح لان له رايا في اتخاذ
الفوهة من اعلاه واسفله فاذا جاوز الكري ارضه حتي
سقطت عنه مونته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه
لانتهاء الكري في حقه وقيل له ذلك ما لم يفرغ شركاوه
نفيا لاختصاصه كما في الهداية وتصح دعوي الشرب بلا
ارض

ارضا استحسانا لان الشرب قد يملك بلا ارض ارثا ووصية
وقد يباع الارض بدون الشرب فيبقي له الشرب وحده
فصار هو مرغوبا منتفعا به فتصح الدعوي وتقبل
البينة وفي القياس لا تصح دعواه [illegible] لعدم تحقق
شرط صحة الدعوي وهو الاعلام والشرب لا يقبل
الاعلام لجهالته [illegible] ومن كان له نهر جار في ارض
غيره فاراد رب الارض منع الاجراء في ارضه فليس له
ذلك اي للرب ذلك اي المنع ويترك علي حاله لان موضع
النهر مستعمل باجراء مائه فيكون في يده فعند الاختلاف
يكون القول قوله في انه ملكه فان لم يكن اي النهر في
يده او لم يكن له اشجار ولا طين ملقي علي جانب النهر
او لم يكن جاريا فادعي انه اي النهر له وقصد اجراءه لا
يسمع بلا بينة انه اي النهر له او انه كان له حق الاجرا
في هذا النهر يسوقه الي ارضه ليسقيها فيقضي له به
لاثباته بالحجة ملك الرقبة ان كانت الدعوي فيه
او حق الاجرا باثبات الجري من عند دعوي الملك وعلي هذا
المصب في نهر او سطح والميزاب والممشي في دار الغير فحكم
الاختلاف فيه نظيره في الشرب ووقع في نسخة المصب
بالواو وفي الميزاب والممشي لكن الظاهر بالواو وفيهما لانه بر
وان اختصم جماعة في شرب اي نهر بين قوم اختصموا
في الشرب فالنهر بينهم قسم الشرب علي قدر اراضيهم لان
لان المقصود بالشرب سقي الاراضي والحاجة الي ذلك
تختلف بقلة الاراضي وكثرتها والظاهر ان حق كل واحد
منهم من الشرب بقدر اراضيه وبقدر رطاحته بخلاف
الطريق اذا اختلف فيه الشركا حيث يستوون في

ملكه دقبة الطريق ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها
لان المقصود فيه التطرق ولا يختلف باختلاف الدار
الواسعة والضيقة ويمنع الاعلى منهم من سكر النهر اي من
سده يعني اذا كان ارض الاعلى منهم مرتفعة والماء قليل
بحيث لا يمكنه سقي ارضه تمامها الا بسده لم يكن له ذلك
لان الماء لا يكون محبوسا عن الباقين في بعض المدة وفيه
منع لحقهم فلو اخذ الماء من الجبل الى وجه الارض فانتشر
لا يمنع الاعلى منه بل يكون لمن سبق اليه يده وفيه اشعار
بانه يشرب بقدر ما يدخل في ارضه بدون السكر انتهى
بلا رضاهم اي بلا رضا الشركاء الباقية وان وصلية
لم يشرب ارضه اي الاعلى بدونه اي السكر فان تراضوا
على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا
على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم
الا انه اذا امكنه ان يسكر بلوح او باب لا يسكرها بما ينكبس
به النهر كالطين والتراب من غير تراض لكونه اضرارا
بهم فان لم يسكر باللوح فبالتراب ولو كان الماء في النهر
بحيث لا يجري في ارض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ باهل
الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا
ليرتفع الماء الى اراضيهم وليس لواحد منهم اي من الشركاء ان
يشق منه اي من النهر المشترك نهرا او ينصب عليه رحى
او ينصب عليه دالية وهي بالفارسية جرخ اب او ينصب
عليه جسرا وهو اسم لما يتخذ من الخشبة والالواح على النهر
بلا اذن البقية او بالشق بكسر ضفة النهر المشترك او بالنصب
بتغير عن سننه الذي كان يجري عليه وبسد جانب النهر
فيتوقف على اذن شركائه الا رحى في ملكه ولا تضر بالنهر

ولاجابته

ولا بمائه اي الا اذا وضع رحى في ملكه بان وقع في بطن النهر
وكان جانباه ملكا له وكل الاخر حق التسييل حال كونه غير
مضر بالنهر من كسر ضفته ولا بالماء من اخراجه عن سننه
فيجوز كما ذكر انفا ولا ان يوسع فم النهر اي نهره في ارضه
لانه يكسر طرف ام النهر ويزيد على مقدار حقه في
اخذ الماء ولا ان يقسم بالايام او مناصفة بعد كون
القسمة من القديم بالكوى بكسر الكاف جمع كوة بفتحها
وقد يضم الكاف في المفرد فالجمع كوى كعروة وعرى والكوة
فيه للمدور العصرة التي تنقب في الخشب او الحجر ليجري الماء
الى المزارع او الجداول اي ليس لواحد منهم ان يقسم بالايام
ولا مناصفة مع ان القسمة قد كانت من القديم بالكوى
وكذا ان يقسم بالكوى وقد كانت بالايام لان القديم
يترك على قدمه الا ان يرضى الكل ولا ان يزيد كوة اي لو كان
لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة
وان وصلية لم يضر بالباقين لان الشركة خاصة بخلاف
ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق
نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى
كما في الهداية ولا ان ينقض بعض كواه وفي التبيين
ولو اراد الاعلى من الشريكين من النهر الخاص وفيه
كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عنه كيلا
تنزك ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالاخر وكذا اذا
اراد ان يقسم النهر مناصفة لان القسمة بالكوى تقدمت
الا ان يتراضيا لان الحق لهما ولا اي ليس لواحد ان
يسوق شربه الى ارض اخرى له ليس لها اي لتلك الارض
الاخرى منه اي من النهر شرب لاحتمال ان يدعي رب

الارض بتقادم العهد حقا لتلك الارض في الشرب وكذا
اذا اراد ان يسوق شربه في ارضها لا ولي حتى ينتهي الى هذه
الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه او الارض
الاولى قد تنشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى فان
رضي البقية اي بقية الشركاء بشيء من ذلك المذكور من النقص
والزيادة والقسمة من الايام فعلها جاز لان الحق لهم ولهم
اسقاطه ولهم اي للبقية نقضه بعد الاجازة ولورثتهم
من بعدهم لانه اعارة الشرب لا مبادلة لان مبادلة
الشرب باطلة وكذا اجارة الشرب لا تجوز لما عرف في موضعه
فتعينت الاعارة وهذا لان القسمة بالكرى قد تمت وللشريك
لاحدهما ان ينقض تلك القسمة فاذا تراضيا على خلاف
ذلك يكون كل واحد منهما معيرا نصيبه من صاحبه
فيرجع فيه هو وورثته اي وقت شاء لان العارية
غير لازمة كما في التبيين والشرب يورث لكونه حقا
ويوصى بالانتفاع به اي بعينه لا برقبته اذ الوصية
كالارث في الثبوت بعد الموت فيصير حكمها كحكمه
وجهالة الموصى به لا تمنع الوصية لانها اوسع
العقود حتى جازت للمعدوم بالمعدوم كما في المنح
ولا يباع الشرب ولا يوهب ولا يوجر ولا يتصدق
بلا ارض لجهالة الفاحشة وعدم تصور القبض
ولكونه غير متقوم حتى لو اتلف شرب انسان بان
سقى ارضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل
وفي الهداية ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد
موته بدون ارض كما في حال حياته وكيف يصنع
الامام الاصح ان يضم الى ارض لا شرب له فيبيعهما
باذن

باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه
فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك
اشترى على تركة الميت بغير شرب ثم ضم الشرب اليها
وباعهما فيصرف الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى
قضاء الدين ولا يجعل الشرب مهرا حتى لو تزوج امراة
على ان يكون الشرب مهرا لها يجب مهر المثل عليه
لا الشرب ولا يجعل بدل الصلح فيكون المدعي على دعواه
ولا يضمن من ملا ارضه فنزت ارض جاره او غرقت
لانه مسبب والمسبب متعد فيه فلا يضمن لان شرط
وجوب الضمان في المسبب ان يكون متعديا وانما قلنا
لنفي متعد فيه لان له ان يملا ارضه ماء ويسقيها كما
في المنح وفي القهستاني هذا اذا سقى في نوبته مقدار
حقه واما اذا سقى في غير نوبته او زاد على حقه يضمن
على ما قال اسماعيل الزاهد وذكر في التتمة انه اذا
سقى سقيا غير معتاد ضمن وعليه الفتوى ولا يضمن
من سقى من شرب غيره لان الشرب ليس بمال متقوم
وهذا على رواية الاصل وهو مختار الامام المعروف
بخواهر زاده وعليه الفتوى كما في القهستاني وفي
الزاهدي من سقى من شرب غيره يرفع الى السلطان
ليؤدبه بالحبس والضرب وفي المنح وان اعتاده مرة
بعد مرة يؤدبه السلطان بالضرب والحبس ان راى
ذلك

كتاب الاشربة

ذكر الاشربة
بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم
الشرب لمناسبة لاحياء الموات ومن محاسنه بيان حرمتها
اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو

ملاك معرفة الله وشكر انعامه فان قيل ما بال حل للامم السالفة
مع احتياجهم الي ذلك قلت بان السكر حرام في جميع الاديان
وحرمة شرب القليل علينا اكرام منه لنا من الله تعالي بالبلاد
يتم في المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرة واعلم ان الاصل
في الاشياء كلها سوي الفروج الاباحة قال الله تعالي هو
الذي خلق لكم ما في الارض جميعا وقال كلوا مما في الارض
حلالا طيبا وانما تثبت بعارض مطلق او خبر مروي فما لم يوجد
شيء من الدلايل المحرمة فهي علي الاباحة وقد دل كتاب
الله تعالي وهو قوله تعالي انما الخمر والميسر الاية وقول
النبي عليه السلام حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها
وقد تواترت عن النبي عليه السلام وعليه اجماع
الامة والسكر من كل شراب فالشراب لغة اسم لما يشرب
مسكرا كان او غيره حلالا او غيره واصطلاحا ما هو مسكر
وما يستخرج منه وهو اكثر من عشرة عند بعض اصحابنا
وللمضاف محذوف اي شرب الاشربة واصولها الثمار
كالعنب والتمر والزبيب والحبوبات كالبر والذرة والدخن
والحلاوات كالسكر والفانيذ والعسل والالبان كلبن
الابل والرماك والمتخذ من العنب خمسة انواع او ستة
ومن التمر ثلاثة ومن الزبيب اثنان ومن كل الحبوب في
واحد ولكل منها علي نوعين نيء ومطبوخ كما سيأتي تحرم
الخمر وان قلت وهي النيء بكسر النون وتشديد الياء من
ماء العنب اذا غلا من غلا يغلي وغليانا اي صار اسفله اعلاه
واشتد اي قوي بحيث يصير مسكرا او القذف بالزبد بالتحريك
اي ماه بحيث لا يبقي فيه شيء من الزبد منصوف وبرقي
شرط عند الامام لان الغليان بداية الشدة والقذف

بالزبد

غلياً

للمعاني وان قد اي شق الصيد طولا وكذا عرضا كما في
الغنمستنا في نصفين او قطعه اثلاثا والاكثر من جانب
العجز اكل الكل اي يوكل المبان والمبان منه جميعا اذ لا يمكن
بقا الحياة بعد هذا الجرح فلا يتناوله الحديث بخلاف
ما اذا كان الثلثان في طرف الراس والثلث في طرف العجز
اذ يوكل المبان منه لا المبان لامكان الحياة في الثلثين
فوق حياة المذبوح وبخلاف ما اذا قطع اقل من نصف
الراس اذ يوكل المبان منه لا المبان لامكان الحياة المذكورة
وكذا اكل الكل لو قطع نصف راسه او اكثر للعلة المذكورة
واذا ادرك الصيد حيا حياة فوق حياة المذبوح فلا
بعض ذكاته لانه قدر علي الاصل وهو ذكاة حقيقية قبل
حصول المقصود بالبدل وهو الذكاة الاضطرارية ولم
يثبت قبل موت الصيد فبطل حكم البدل فان تركها اي
الذكاة متمكنا اي قادرا منها اي من الزكاة حرم لما بينا
انفا وكذا حرم لو تركها غير متمكن منها اما بفقد الالة
ولضيق الوقت ومعالة الذبح وفيه من الحياة فوق ما
يكون في المذبوح في ظاهر الرواية لان ذكاة الاضطرار
الا تعتبر اذا لم يقع في يده حيا فهذا وقع في يده فيسقط
اعتبار ذكاة الاضطرار وعن الشيخين وهو قول
الشافعي انه يحل اذا كان فيه من الحياة اكثر مما في المذبوح
بعد الذبح وان لم يبق من حياته الا مثل حياة المذبوح
وهو ما لا يتوهم بقاؤه بعد هذا كما اذا شق بطنه
واخرج ما فيه فلم يدركه حيا فيحل ولا تلزم تذكيته
لان ما بقي اضطراب المذبوح وفيه اشارة الي انه لو
مات قبل وصول الذابح او مع وصوله او بعد وصوله

بلا فصل الاول بعضا خفى كما في القهستاني نقلا عن النظم وقيل
عند الامام لابد من تذكيته ايضا اي كما يكون فيه حياة فوق
ما يكون في المذبوح لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة
الاختيار فان ذكاه حل اجماعا وكذا ان ذكى المتردية
اي التي سقطت من العلو والنطيحة التي ماتت من
النطح وهو ضرب الكبش بالقرن والموقوذة اي التي قتلت
بالخشب والتي بقر اي شق الذئب بطنها وفيه اي في كل واحد
من هذه الاربعة حياة خفية اي دون حياة المذبوح
او جلية اي فوق حياة المذبوح وقيل الخفية بان لم يتحرك
ولكن تتنفس بالحياة والجلية بان يتحرك حلت اي يحل اكل هذه
الاربعة اذا ذكيت وعليه الفتوى لقوله وما اكل السبع
الا ما ذكيتم استثنا مطلقا من غير تفصيل فيها ولكراهي
مطلقا ولان المقصود تسييل الدم النجس بفعل
الذكاة وقد حصل وعند ابي يوسف ان كان احد هذه
الاربعة بحيث لا يعيش مثله لا يحل بالتذكية لانه لم يكن
موته بالذبح اي مضافا الى الذبح وبه قالت الايمة الثلاثة
وعند محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح حل والا
اي وان لم يكن يعيش فوق ما يعيش المذبوح بل كان
يعيش مقدار ما يعيش المذبوح فلا يحل بالتذكية لان
قدر حياة المذبوح غير معتبر ومن رمى صيدا فاثخنه
اي جعله ضعيفا واخرجه عن حيز المذبوح غير معتبر
الامتناع اي صيره الى حالة لا يخلو من يد الصياد بعد
ولكن يرجى حياته ثم رماه اخر فقتله حرم اكله لاحتمال
الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة
الاختيار وضمن الثاني قيمته اي قيمة الصيد مجروحا
للاول

للاول يعني الاول ملك الصيد باثخانه والثاني برميه
اتلف ملكه فيضمن قيمته معيبا بالجراحة وفي التبيين
تفصيل فليطالع فعندنا بقولنا يرجى حياته لانه لو لم
يرج حياته بان قطع بالرمي الاول راسه او بقر بطنه
او نحوهما يحل اكله لان الموت مضاف الى الاول لا الثاني
كما في شرح المجمع وان لم يثخنه الاول ورماه الثاني
فقتله حل اكله لانه حين رمى الثاني كان صيدا لقدرته
على الامتناع وهو اي الصيد للثاني لانه هو الذي
اخذه واخرجه عن حيز الامتناع وقد قال عليه
السلام الصيد لمن اخذه وفي التبيين ولو رمياه معا
فاصابه احدهما قبل الاخر واثخنه ثم اصابه الاخر ورماه
احدهما اولا ثم رماه الثاني قبل ان يصيبه الاول
او بعد ما اصابه قبل ان يثخنه فاصابه الاول واثخنه
ثم اصابه الثاني فقتله فهو للاول ويوكل وقال زفر
لا يوكل اكله ولو رمياه معا واصاباه معا فمات منهما فهو
بينهما لاستوائهما في السبب والبازي والكلب في هذا
كالسهم حتى يملكه باثخانه ولا يعتبر امساكه بدون الاثخان
وتمامه فيه وان شئت فليراجع ومن ارسل كلبا على
صيد فادركه فضربه فصرعه اي طرحه على الارض ثم
ضربه فقتله اكل وكذا يوكل لو ارسل كلبين فصرعه
احدهما وقتله الاخر لان الامتناع عن الجرح لا يدخل تحت
التعليم فجعل عفوا كما لو كان ارسال احدهما بعدما اثخنه
الاول ولو ارسل رجلان كل منهما كلبه فصرعه احدهما
وقتل الاخر حل اكله اذا كان ارسال الثاني قبل ان
يثخنه الاول لما بينا وهو اي الصيد للاول ان كان

الخنه قبل ان يجرحه الثاني لانه اخرجه عن حد الصيد به
فملكه ولا يحرم بجرح الثاني بعد ما اثخنه الاول عن حد
الصيد لان ارسال الثاني حصل الى الصيد لكونه قبل
ان يثخنه لان المعتبر في الحل والحرمة حالة الارسال لقدرته
على الامتناع ولا يعتبر بعده لعدم قدرته عليه وعن هذا
قال ولو ارسل الثاني بعد صرع الاول لم يحل اصلا لان
الارسال اذا كان بعد الخروج عن الصيدية لم يكن موته
ذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار وضمن الثاني للاول كما في
الرمي لتلف الصيد المملوك للاول بارسال الثاني ومن
سمع حسا اي صوتا خفيا فظنه انسانا فرماه او ارسل
عليه كلبه فاذا هو صيد فقتله اكل لانه لا يعتبر بظنه
مع تعيينه صيدا كما في الهداية وذكر في المنتقى اذا سمع
حسا بالليل فظن انه انسان او داية فرماه فاذا ذلك
المرمي صيد واصابه او اصاب صيدا اخر وقتله لا يوكل
لانه رماه وهو لا يريد الصيد ثم قال الا ولا يحل الصيد
الا بوجهين ان يرميه وهو يريد الصيد وان يكون مرميه
صيدا سواء كان مما يوكل او لا وهذا اوجه لان الرمي الى
الادمي ونحوه بقصده لا يعد صيدا فلا يمكن اعتباره
ولو اصاب صيدا وقد قال في الهداية وان تبين انه
حس ادمي لا يحل المصاب وحمل قولاه المختلفان على
الروايتين عن ابي يوسف وتمامه في التبيين فليطالع

كتاب الرهن وجه المناسبة بين
كتاب الرهن وكتاب الصيد ان كل واحد منهما سبب لتحصيل
المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الداين والمديون
وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي
انه

انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه
وقد انعقد الاجماع على ذلك لانه عقد وثيقة لجانب
الاستيفا فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة
كما في الهداية هو اي الرهن لغة الحبس مطلقا قال الله
تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بجزاء عملها وقال
قلب المحب رهن عند حبيبه وقيل هو جعل الشي محبوسا
اي شي كان باي سبب كان وقد يطلق الرهن على المرهون
تسمية للمفعول بالمصدر ويجمع على رهان ورهون
ورهن وشرعا حبس شي بحق يمكن استيفاوه اي استيفا
الحق منه اي من ذلك الشي كالدين اي مثل ما وجب في الذمة
حتى اذا ادعى بما لا يمكن استيفاوه من الرهن كان
الرهن باطلا كالرهن بالقصاص والحدود والمراد بالشي هنا
المال والذي قاله البعض هو حبس المال بحق كما قيل هو حبس
العين بالدين فصار ذكره خروجا من العموم الى الخصوص
ويراد بالحق هنا ما يعم الدين الواجب حقيقة وهو ظاهر
كالديون في الذمة او حكما كالاعيان المضمونة بنفسها
مثل المغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم
العمد لان الموجب الاصلي في هذه الاعيان المثل والقيمة
وهما ومالهما الى الدين ولهذا تصح الكفالة والابرا
عن قيمته هذا عند الجمهور ويدل هذا عبارة الضمانات
فرد العين عند وجودها خلاص عن الدين بخلاف
العين الغير المضمونة كالودايع والعواري وبخلاف
المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البايع وفي الاصلاح وفي
الشريعة جعل الشي محبوسا بحق والحبس الشي بحق لانه
الحابس هو المرتهن لا الراهن بخلاف الجاعل اياه محبوسا

يعني كما تجوز الوثيقة في طرفي
الوجوب وهي الكفالة كذلك تجوز
الوثيقة في جانب الاستيفاء
لان الحاجة ماسة من الجانبين
فان المستدين قل ما يجد من يدينه
بلا رهن والداين يامن بالرهن
من التوى بالجحود او باسراف المديون
في ماله بحيث لم يبق منه شي
كذا في التبيين

انتهى وفيه كلام لانه لا يرد ذلك لان اللازم في الرهن الشرعي
كونه مقبولا ومحبوسا عند المرتهن او الرهن او العدل اذ
لم يجعل الراهن الشيء محبوسا عند المرتهن لا يفيد بدون
مطاوعة المرتهن لانه اخذ الحق منه تدبر وينعقد الرهن
بالايجاب من الراهن بان قال رهنتك هذا المال بدين لك
علي وقبول من المرتهن كما في سائر العقود حال كون ذلك
العقد غير لازم لزوما شرعيا ويتم بالقبض اختلف العلما
في القبول قال البعض انه شرط وظاهر ما ذكر في المحيط يشير
الي انه ركن وقال بعضهم الايجاب ركن والقبول شرط
اما القبض فشرط اللزوم وفي الذخيرة قال محمد لا يجوز
الرهن الا مقبوضا فقد اشار الي ان القبض شرط الجواز
وقال شيخ الاسلام شرط اللزوم وبه قال اكثر العلما
والاول اصح كما في النهاية وفي الكنز ولزم بايجاب وقبول
ويتم بقبضه انتهى وهو مذهب مالك وفي التبيين وهذا
سهو لان الرهن لا يلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع
كالهبة والصدقة ولكنه ينعقد بهما فيلزم به انتهى
لكن يمكن الجواب بان المراد باللزوم هو الانعقاد
يدل عليه قوله ويتم بقبضه فانه لو اراد ما هو
الظاهر منه لما قال انه يتم به اذ اللازم لا يحتاج في
تمامه الي شيء اخر تدبر محوزا اي يتم بالقبض حال
كونه مجموعا احترازا عن رهن الثمر علي الشجر ورهن
الزرع في الارض لان المرتهن لم يحزه اي لم يجمعه
ولم يضبطه حال كونه مفرغا عن ملك الراهن وهو
احتراز عن عكسه وهو رهن الشجر دون الثمر ورهن
الارض دون الزرع ورهن دار فيها متاع الراهن

بايجاب

حال كونه

كراس ٤٨

٤٧١

حال كونه مميزا عن اتصاله بغيره اتصال خلقة وهو احتراز
عن رهن المشاع كرهن نصف العبد او الدار وفي الدرر
فهذه المعاني هي المناسبة لهذه الالفاظ لا ما قيل ان
الاول احتراز عن رهن المشاع والثاني عن المشغول به
والثالث عن رهن ثمر علي الشجر دون الشجر كما لا يخفى على
اهل النظر تدبر والتخلية هي ان يخلي بين الرهن والمرتهن
فيه اي في الرهن وفي البيع قبض اي في حكم قبض المرتهن
فلم يتعد وبه قال الشافعي ومالك حتى اذا اوجبت اي التخلية
الراهن بحضرة المرتهن ولم يأخذه فضاع ضمن المرتهن كما
ان التخلية في البيع قبض كذلك هذا في ظاهر الرواية
لان الراهن يقدر علي التخلية دون القبض الحقيقي لكونه
فعل الغير فلا يكلف به ولذا قيل ان التخلية تسليم الا ان ذكر
القبض هنا ابلغ وانسب من التسليم لان القبض كان منصوصا
فيه فصار مخصوصا به كما في الهبة والصدقة وعن ابي يوسف
ان القبض لا يثبت بها في المنقول الا بالنقل كما في الغصب
لان القبض هو موجب للضمان قيل القياس علي البيع
المشروع اولى من القياس علي الغصب الممنوع وفي المنح فان
قلت ينبغي ان لا تكفي تخلية الراهن في قبض اذ القبض
منصوص عليه في الرهن بخلاف البيع وقد استدل به
المشايخ علي شرطية القبض في الرهن بقوله تعالى فرهان
مقبوضة فانه امر بالرهن لان المصدر متى قرن بالفاء في
محل الجزاء يراد به الامر كما وقع في كثير من القرآن والامثل
ان المنصوص يراعى وجوده علي اكمل الجهات قلت اجيب
عنه بان المنصوص انما يراعى وجوده علي اكمل الجهات اذا
نص عليه بالاستقلال واما اذا ذكر تبعا للمنصوص

٤٨

فلا يجب ان يراعى وجوده كما ذكر فان التراضي في البيع منصوص
عليه بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فلو صح
ما قال المعترض لبطل بيع المكره ولم يفسد وليس كذلك انتهى
لكن لا نسلم هذه الملازمة بل اللازم من صحة ما قال المعترض
هو ثبوت صحة البيع بالرضا في الجملة في الجملة على قياس
المطلبية في الرهن فانها قبض في الجملة كما في البيع والهبة
تدبر وللراهن ان يرجع عنه اي عن الرهن قبل القبض
لكونه غير تام فغير لازم قبل القبض فاذا قبض لزم
الرهن لما قررناه انفا فلا رجوع بعده وهو اي الرهن
مضمون بالاقل من قيمته اي الرهن ومن الدين اذا
هلك والاقل اسم تفضيل استعمل باللام وكلمة من ليست
تفضيلية بل بيانية والمعنى بالاقل الذي هو من
هذين المذكورين ايهما كان وقال الشافعي الرهن
كله امانة في يد المرتهن فلا يسقط شيء من الدين بهلا
بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن من صاحبه
الذي رهنه له اي للراهن الزوايد وعليه غرمه اي لو
هلك كان الهلاك على الراهن قال معناه لا يصير الرهن
مضمونا بالدين ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعد
ما نفق لا يصير مضمونا فرس الرهن عنده ذهب حقك
وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه
على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك الرهن
واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان
الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته والقول
بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق
الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له

كذا

غنمه

كذا ذكره الكرخي عن السلف وعن النخعي ان رجلا دفع الى رجل
رهنا واخذ دراهم فقال ان جئتك بحقك الى كذا وكذا
والا فالرهن لك فقال ابراهيم لا يغلق الرهن فجعله
جوابا للمسئلة وتمام تحقيقه في شروح الهداية وغيرها
تتبع فلو هلك كل الرهن في يد المرتهن وهما اي الرهن والدين
سواء اي متساويان في المقدار صار المرتهن مستوفيا لدينه
حكما فلا يطلب المرتهن من الراهن ولا الراهن من المرتهن
شيئا وان كانت قيمته اي الرهن اكثر من الدين فالزايد
امانة في يد المرتهن لما روي عن علي رضي الله عنه قال
المرتهن امين في الفضل لان المضمون بقدر ما يقع
به الاستيفاء وذلك بقدر الدين فلا يدخل الفضل في ضمانه
خلافا لزفر اذ عنده مضمون بقيمة الهلاك لا بالاقل
منهما فيدخل الفضل بالهلاك لان الفضل عن الدين
مرهون لكونه محبوسا به فيكون مضمونا وان كان الدين
اكثر من قيمة الرهن سقط منه اي من الدين قدر القيمة
اي قيمة الرهن وطولب الراهن بالباقي من الدين مثلا
اذا كان الدين مائة درهم والرهن ايضا يساوي مائة
درهم فهلك من غير تعد صار المرتهن مستوفيا دينه
حكما ولا يبقى له مطالبة على الراهن فان كان الرهن
يساوي مائة وخمسين درهما مثلا فالخمسون امانة
في يده فلا يضمنها الا بالتعدي وان كان الرهن يساوي
تسعين درهما يصير المرتهن مستوفيا من دينه
تسعين درهما ويرجع على الراهن بعشرة دراهم
ويعتبر قيمته اي قيمة الرهن يوم القبض وفي المنح نقلا
عن الخلاصة وحكم الرهن انه لو هلك في يد المرتهن

او العقد ينظر الي قيمته يوم القبض والي الدين فان كانت
قيمته مثل الدين سقط الدين بهلاكه الي اخر ما قاله وفي
التبيين ان ضمان الرهن علي المرتهن يخالف ضمان [illegible]
الاجنبي فانه يعتبر قيمته يوم القبض بخلاف ما لو اتلفه
اجنبي فان المرتهن يضمنه قيمته يوم هلكه باستهلاكه
ثم بعد وقال وان نقصت القيمة بتراجع السعر الي خمسمائة
وقد كانت قيمته يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك
خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص به
كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض
فهو مضمون بالقبض لا بتراجع السعر انتهي اذا تقرر هذا
ظهر لك ان ما ذكره صاحب الغرر من قوله المعتبر قيمة
الرهن يوم الهلاك لقولهم ان يده امانة فيه الي اخر
ما قاله مخالف لصريح المنقول انتهي وفي التنوير المقبوض
علي سوم الرهن اذا لم يبين المقدار اي مقدار ما يريد
اخذه من الدين ليس بمضمون من الدين في الاصح وهلاك
الرهن علي ملك الراهن فكفنه اي كفن العبد الرهن
والامة المرهونة عليه اي علي الراهن لانه ملكه حقيقة
وهو امانة في يد المرتهن حتي اذا اشتراه لا ينوب قبض
الرهن عن قبض الشراء لانه قبض امانة فلا ينوب عن
قبض الضمان واذا هلكه فات عليه كفنه وللمرتهن ان
يطالب الراهن بدينه لان هلاك الرهن لا يسقط طلب
الدين ويحبسه به اي يحبس المرتهن الراهن بدينه وان
وصليه كان الرهن عنده لان حقه بعد الرهن والحبس
جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه دفعا للظلم
وهو المماطلة وله اي للمرتهن ان يحبس الرهن بعد فسخ عقده

اي عقد

ويكون رهنا عنده
والواجب [illegible]
في المستهلك قيمته

اي عقد الرهن حتي يقبض دينه الا وقت ان يرده اي المرتهن
عن الدين لان الرهن لا يبطل بمجرد الفسخ بل برده علي
الراهن بطريق الفسخ فانه يبقي ما بقي القبض والدين ولكن
علته اي علي المرتهن ان كان الرهن في يده اي المرتهن ان
يمكن الراهن من بيعه اي من بيع الرهن لانه يقتضي لو
اراد الراهن ليقضي الدين بثمنه لا يجب علي المرتهن ان يمكنه
من البيع لان حكم الرهن الحبس الدائم الي ان يقضي الدين
فكيف تصح القضاء من ثمنه وليس للمرتهن الانتفاع بالرهن
باستخدام ولا بسكني ولا بلبس الا باذن المالك لان حق
المرتهن الحبس اي انه يستوفي دينه دون الانتفاع ولا
اجارته ولا اعارته اي ليس للمرتهن الانتفاع باجارة
او اعارة اذ لم يكن له الانتفاع بنفسه فلا يكون مالكا
لتسليط الغير عليه الا باذن الراهن وفي المنح وعن عبد
الله محمد بن مسلم السمرقندي وكان من كبار علماء سمرقند
ان من ارتهن شيئا لا يحل له ان ينتفع بشيء منه بوجه من
الوجوه وان اذن الراهن لانه اذن له في الربا لانه
يستوفي دينه كاملا فتبقي له المنفعة التي استوفي فضلا
فيكون ربا وهذا امر عظيم كذا رايته منقولا بهذا اللفظ
معزاه الي الجامع لجد الائمة السرخسي قلت وهو مخالف
لكلام عامة المعتبرات ففي الخانية رجل رهن شاة واباح
للمرتهن ان يشرب وياكل ولا يكون ضامنا وفي الفوائد
الزينية اباح الراهن للمرتهن اكل الثمار فاكلها لم
يضمن ثم قال يكره للمرتهن الانتفاع بالرهن باذن
الراهن وان اذن له في السكني فلا رجوع بالاجرة
انتهي فليحمل ما تقدم علي الديانة وما في سائر المعتبرات

ايضا اي

على الحكم ويصير بذلك اي يصير المرتهن بالانتفاع قبل الاذن
متعديا اذ هو غير مامور به من جهة المالك ولا يبطل به
اي بالتعدي الرهن لبقا العقد قبل استيفا الدين واذا
طلب المرتهن دينه امر باحضار الرهن اولا ان لم يكن للرهن
مونة حمل بقرينة الاتي ليعلم انه باق ولان قبضه قبض
استيفا فلا وجه لقبض ماله مع قيام الاستيفا لان
هلاكه محتمل فاذا هلك في يد المرتهن تكرر الاستيفا
فاذا احضره اي المرتهن الرهن امر الراهن بتسليم كل دينه
اولا ليتعين حق المرتهن في الدين كما يتعين حق الراهن
في الرهن الحاضر تحقيقا للتسوية بينهما ثم امر المرتهن
بتسليم الرهن كما امر البائع بتسليم المبيع بعد تسليم
المشتري الثمن وكذا اي وكذا الحكم فيه مثل الحكم فيما
تقدم لو طالبه بالدين المرتهن في غير بلد العقد اي عقد
الرهن ولم يكن للراهن حمل مونة فان الاماكن في
حق التسليم كمكان واحد فيما ليس لحمله مونة فان كان
له اي للرهن حمل ومونة فله اي للمرتهن ان يستوفي
دينه بلا تكليف لاحضار الرهن لان الواجب عليه التسليم
بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان وللراهن ان
يحلف المرتهن بالله ما هلك وكذا اي للمرتهن ان يستوفي
دينه من الراهن ان كان الرهن وضع عند عدل بامر
الراهن ولا يكلف باحضاره لكونه في يد الغير بامر الراهن
ولا يكلف ايضا المرتهن باحضار ثمن رهن باعه اي الرهن
المرتهن بامر الراهن حتى يقبضه اي الثمن من المشتري
لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن
رهن هو دينا ولو قبضه يكلف احضاره لقيام

البدل

البدل ولا يكلف ايضا ان قضى بعض حقه بتسليم حصته
حتى يقبض الباقي من الدين لان له ان يحبس كل الرهن
حتى يستوفي البقية كما في حبس المبيع وللمرتهن ان
يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي
في عياله واجيره مشاهرة او مسانهة لان العبرة
بالمساكنة لا بالنفقة حتى ان الزوجة لو دفعت الرهن
الى الزوج لا يضمن ان هلك مع ان الزوج ليس في نفقتها
لان حفظه اي المرتهن الرهن بغيرهم اي بغير المذكورين
او ايداعه اي المرتهن عند اجنبي فهلك ضمن المرتهن كل قيمته
لان المالك ما اذن له في ذلك فيضمن جميع قيمته كالمغصوب
لكونه متعديا فهل يضمن المودع الثاني فهو على الخلاف
الذي بيناه في مودع المودع ثم ان تضمين بقيمة الرهن فيما
اذا تعدى المرتهن عليه من جنس الدين يلتقيان قصاصا — يلتقيان بيان
بمجرد القضا بالقيمة اذا كان الدين حالا وطالب المرتهن
الراهن بالفضل ان كان هناك فضل وان كان الدين
موجلا يضمن قيمة الرهن وتكون القيمة رهنا عند المرتهن
فاذا حل الاجل اخذه المرتهن بدينه وان تضمن القيمة
من خلاف جنسه كان الضمان رهنا عنده الى قضا دينه
لانه بدل الرهن فاخذ حكمه وكذا يضمن جميع قيمته ان
تعدى فيه اي في الرهن مرتهنا كما في الغصب لان الزيادة
على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالاتلاف
او جعل الخاتم الرهن في خنصره فهلك يضمن جميع
قيمته لانه استعمال فان جعله اي الخاتم والظاهر بالدوا و
لا بالغا في اصبع غيرها اي غير الخنصر فلا يضمن لان ذلك
يعد حفظا فظهر ان التعدي في الاول دون الثاني مبني

على العادة ولو رهنه خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم
فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن والا كان حافظا فلا
يضمن وكذا يضمن بتقلد سيفي الرهن لانه ايضا استعمال
لا الثلاثة فانه حفظ فان الشجعان يتقلدون في العادة
بسيفين لا الثلاثة وعليه اي على المرتهن مونة حفظه
اي الرهن اي ما يحتاج في حفظ نفس الرهن ومونة
رده اي رد الرهن الى يده اي الى يد المرتهن ان خرج
من يده كجعل الابق ان كان قيمة الرهن مثل الدين وان
كانت اقل منه فالمونة عليه ايضا بطريق الاولى ولذا لم
يتعرض له وكذا مونة رد جزء منه الى يد المرتهن بان تبيض
عيني الرهن او يحدث به مرض اخر فيداوي لانه على المرتهن
لان الامساك حق له وواجب عليه فتكون المونة عليه
كاجرة بيت حفظه واجرة حافظه وفي الهداية هذا
في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان كرى المأوى على
الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى في تبقيته ومن هذا
القسم جعل الابق فانه على المرتهن لانه يحتاج الى اعادة يد
الاستيفاء التي كانت له ليرده وكانت من مونة الرد
فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان
كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن
بقدر الزيادة عليه لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد
ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون
على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان
كلها يجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل
لان وجوب ذلك اي اجرة البيت بسبب الحبس وحق الحبس
في الكل ثابت له واما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر

بقدر المضمون وعلى هذا قالوا اما جعل الابق والمداواة
اي مداواة القروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية
فمنقسم على المضمون والامانة يعني ما كان من حصة
المضمون فعلى المرتهن وما كان من حصة الامانة فعلى
الراهن اذا تقرر عندك ما نقلنا من الهداية لا يخفى
عليك ما في المتن من الاختلال ولو قال وعليه مونة
حفظه كاجرة بيت حفظ وحافظ وان كان في قيمة
الرهن فضل وعليه مونة رده الى يده او رد جزء منه اذا
كانت قيمته والدين سواء واما اذا كانت اكثر منه اي
الدين فمنقسم على المضمون والامانة كالفداء من الجناية
كما في اكثر المعتبرات لكان اسلم تدبر ومونة تبقيته اي
جعل الرهن باقيا ومونة اصلاحه اي اصلاح منفعته
على الراهن كالنفقة من ماكله ومشربه والكسوة واجرة
الراعي واجرة ظئر ولد الرهن هذه امثلة مونة التبقية
وسقي البستان وتلقيح نخله اي نخل البستان وجذاذه اي
التمر من النخل والقيام بمصالحه كاصلاح جداره وكري الحشيش
المضر وغيرها هذه امثلة المونة لاصلاح منافعه والاصل فيه
ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فهو على
الراهن سواء كان في الرهن فضل او لا لان العين باقية
على ملكه وكذا منافعه مملوكة له اصلا وتبقيته عليه لما
انه مونة ملكه كما في الوديعة وما اداه احدهما اي الراهن
والمرتهن مما وجب على صاحبه بلا امر اي بغير امر القاضي فهو
متبرع فيما اداه كما اذا قضى دين غيره بغير امره وما اداه
مما وجب على صاحبه بامر القاضي يرجع المودي به اي بما
اداه وقيده صاحب المنح في متنه بقوله ويجعله دينا

على الاخر وقال محمد يرجع عليه وبمجرد امر القاضي من غير
تصريح بجعله دينا عليه لا يرجع كما في التبيين نقلا عن
المحيط وفي النهاية نقلا عن الذخيرة مثل هذا لو قيده
المص كما في التنوير لكان اولى تدبر فعند الامام انه لا يرجع
به ايضا اي كما لا يرجع به اذا اداه بلا امر صاحبه ان كان
صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي لانه يمكنه ان يرفع
الامر الى القاضي فيامر صاحبه بذلك وقال ابو يوسف
يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر لان القاضي لا يلي
الحاضر ولا ينفذ امره عليه فلو نفذ امره عليه لصار محجورا
عليه ولا يملك الحجر عنده وعند ابي يوسف يملك فينفذ
امره عليه كما في التبيين قال صاحب المنح قال الراهن
الرهن غير هذا وقال المرتهن بل هذا هو الذي رهنته
عندي فالقول للمرتهن لانه هو القابض والقول للقابض
بخلاف ما اذا ادعى المرتهن رده على الراهن حيث لا يقبل
قوله لان ذلك شان الامانات لغير المضمونة والرهن
مضمون على المرتهن وفي البنا يا رهانية ويصدق المرتهن
في دعوى الهلاك ولا يصدق في دعوى الرد وفي شرح المجمع
اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ولم يقم البينة عليه ضمنه
عندنا سواء كان الرهن من الاموال الظاهرة او الباطنة
خلافا لمالك في الباطنة وفي البزازية زعم الراهن هلاكه
عند المرتهن وسقوط الدين وزعم المرتهن انه رده اليه
بعد القبض وهلك في يد الراهن فان برهنا فللراهن
ايضا ويسقط الرهن لاثباته الزيادة وان زعم المرتهن
انه هلك في يد الراهن قبل قبضه فالقول للمرتهن وان
برهنا فللراهن لاثباته الضمان اذن للمرتهن في الانتفاع

بالرهن

فالقول للراهن

بالرهن ثم هلك الرهن فقال الراهن هلك بعد ترك الانتفاع
وعوده للرهن وقال المرتهن هلك حال الانتفاع فالقول
للمرتهن فلا يصدق الراهن في العود الا بحجة رهن عبدا
يساوي الفا بالف فوكل المرتهن بالبيع فقال المرتهن بعته
بنصفه وقال الراهن لا بل مات عندك يحلف الراهن
بالله ما يعلم انه باعه ولا يحلف بالله ما مات عنده فاذا احلف
سقط الدين الا ان يبرهن على البيع اذن الراهن للمرتهن
في لبس ثوب مرهون يوما فجاء به المرتهن متخرقا وقال
تخرق في لبس ذلك اليوم وقال الراهن ما لبسته في ذلك
اليوم ولا تخرق به فالقول للراهن وان اقر الراهن باللبس
فيه ولكن قال تخرق قبل اللبس وبعده فالقول للمرتهن
ويجوز للمرتهن السفر بالرهن اذا كان الطريق امنا وان
كان له حمل ومؤنة عند الامام كالوديعة وعند محمد ليس
له ان يسافر بالرهن والوديعة ايضا اذا كان له حمل
ومؤنة وتمامه في المنح فليراجع

باب ما يجوز

ارتهانه والرهن به لما ذكر مقدمات الرهن شرع في
تفصيل ما يجوز رهنه وما لا يجوز اذ التفصيل بعد الاجمال
لا يصح رهن المشاع وان وصلية كان المشاع مما لا يحتمل
القسمة بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة او كان
من الشريك هذا عندنا لان موجب الرهن ثبوت يد
الاستيفاء للمرتهن ويد الاستيفاء في الجزء الشائع لا يثبت
لان شرط الصحة هو التمييز ولم يتحقق وقال الشافعي
يجوز فيما يصح فيه البيع وهو قول مالك واحمد لان موجب
الرهن استحقاق البيع في الدين والمشاع يجوز بيعه
فيجوز رهنه كالمقسوم ولو طرأ الشيوع بعد الارتهان

فسد عند الطرفين وقيل انه باطل لا يتعلق به ذلك وليس
بصحيح لان البنا طلاقته هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم
يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بنا على
ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه وصورة
الشيوع الطاري ان يرهن الجميع كيف شا فباع نصفه
وانه يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وهو الصحيح كما في
المنح خلافا لابي يوسف لانه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل
من الابتدا فاشبه الهبة وانما فسد لان هذا الشيوع
راجع الى محل الرهن وما يرجع الى المحل فالبقا كالابتدا
وقد قالوا باستثنا الهبة من هذا الاصل لا يحتاج الى
القبض الا عند العقد بخلاف الرهن فان حكمه دوام
القبض فعلى هذا اندفع ما قاله ابو المكارم من ان
وجهه على ما في الهداية وغيرها ان الكلام في محل
الرهن فالبقا والابتدا فيه سوا كالمحرمية في النكاح
ولا يخفى انه منقوض بالهبة فان الشيوع فيها مانع
ابتدا لا بقا فالوجه الا ليق بالمقام هو بيان الفرق
بين الرهن والهبة فتدبر واعلم ان ما قبل البيع
قبل الرهن الا في اربعة بيع المشاع جائز لا رهنه بيع
المشغول جائز لا رهنه بيع المتصل بغيره جائز لا رهنه
بيع المعلق عتقه بشرط قبل وجوده في غير المدبر
جائز لا رهنه كما في شرح الاقطع ولا يصح رهن الثمر
على الشجر بدون الشجر ولا يصح رهن الزرع في الارض
بدونها اي بدون الارض لما مر ان القبض شرط في
الرهن ولا يمكن قبض المتصل بغيره وحده فصار في
معنى المشاع ولا يصح رهن الشجر او الارض مشغولين
بالثمر

اذ الاتصال حاصل بالمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون هنا

بالثمر والزرع دون الثمر والزرع لان الاتصال يقوم
بالطرفين فصار الاصل ان المرهون وحده وعند
الامام ان رهن الارض بدون الشجر جاز لان الشجر
اسم للنابت فيكون استثنا الاشجار بمواضعها بخلاف
ما اذا رهن الدار بدون البنا لان البنا اسم للمبني
فيصير راهنا جميع الارض فهي مشغولة بملك الراهن
كما في الهداية ولو رهن الشجر بمواضعها جاز لان رهن
الارض بما فيها من الشجر وذلك جائز وحجارة ما لم يبق
برهن لا يمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن
لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف
البيع لان بيع النخل بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى
ادخاله من غير ذكره فخلاف للمتاع في الدار حيث لا يدخل
في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا
يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع
ويدخل البنا والغرس في رهن الارض اي لو قال رهنتك
هذه الدار وهذه القرية واطلق القول ولم يخص شيا
دخل البنا والغرس او رهن الدار بما فيها اي الدار
جاز وفي الهداية ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز
ابتدا الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل
لان الرهن حصل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم
كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه
في الوعا المرهونة ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل
عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا
رهن الحمل وحده حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها
اليه لان الدابة مشغول به فصار كما اذا رهن متاعا

في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا
على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة مع السرج
واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه ثم يسلمه اليه لانه
من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه
من غير ذكر ولا يجوز رهن الحر والمدبر وام الولد والمكاتب
لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء منه
هو لا متعذر لاستحقاقهم الحرية فصاروا كالحر ولا يجوز
الرهن بالامانات كالوديعة والعارية والمضاربة ومال
الشركة لانها ليست بمضمونة ولا يجوز الرهن بالدرك
صورته باع وسلمه الى المشتري فخاف المشتري من
الاستحقاق فاخذ الثمن رهنا فهذا الرهن باطل والكفالة
به جايزة والفرق انه شرع للاستيفاء ولا استيفاء الا في
الواجب فلا يحتمل الاضافة والتعليق واما الكفالة
فهي التزام بغير عوض وذلك يحتملها كالالتزام والصلاة
ولا يجوز الرهن بما هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البايع
فانه مضمون بالثمن حتى لو هلك ذهب بالثمن فلا يجب
على البايع شيء فالرهن لا يجوز الا بالاعيان المضمونة
بنفسها كما مر ولا يجوز بالاعيان المضمونة بغيرها كالرهن
وان هلك الرهن بالمبيع ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار
بالباطل فلا يجب على المشتري شيء وقال شيخ الاسلام
انه فاسد لان المبيع والرهن مال والفاسد ملحق بالصحيح
بالاحكام وفي المبسوط انه جاز الرهن فيضمن بالاقل
من قيمته ومن قيمة المبيع وبه اخذ الفقيه ابو يوسف
البرعمي وابو الليث وقيل الاعيان ثلاثة عين غير
مضمونة اصلا كالامانات وعين مضمونة بنفسها

كالمغصوب

كالمغصوب ونحوه وعين غير مضمونة بنفسها بل مضمونة
بغيرها هو سقوط الثمن فضاد هذا التسمية بالعين
المضمونة بالغير ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس اي لا يجوز
رهن الكفيل شيا عند المكفول له ليسلم نفس المكفول به
اليه لان استيفاءه من الرهن متعذر وفي الخانية رجل
تكفل عن رجل بمال ثم ان المكفول عنه اعطى الكفيل رهنا
ذكر في الاصل انه لو كفل بمال هو حال على الاصل فاعطاه
المكفول عنه رهنا به لكن جاز الرهن ولو كفل رجل على انه
لم يواف به الى سنة فعليه المال الذي عليه وهو الف
درهم ثم اعطاه المكفول عنه بالمال رهنا الى سنة كان
الرهن باطلا وكذا لو كان الكفيل قال للطالب في الكفالة
ان مات فلان ولم يؤد المال فهو علي ثم اعطاه المكفول
عنه رهنا لم يجز ولا يجوز الرهن بالقصاص في النفس
وما دونها عند ولي القصاص لئلا يمتنع عما وجب عليه
لما مر من ان استيفاء القصاص من الرهن غير ممكن بخلاف
الجناية خطا لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولا
بالشفعة اي لا يجوز رهن البايع والمشتري عند الشفيع
ليسلم الدار بالشفعة لان استيفاء المبيع من الرهن
غير ممكن اذ لو هلك المبيع لا يلزمه الضمان ولا يجوز باجرة
النايحة والمغنية لان الاجارة على ذلك باطلة شرعا
فالرهن ايضا باطل لكونه في مقابلة غير جايز اصلا ولا
يجوز رهن المولى شيا بالعبد الجاني او العبد المديون
المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك العبد
لا يجب على المولى شيء فاذا لم يصح الرهن في هذه الصورة
فللراهن ان ياخذ الرهن من المرتهن حتى لو هلك

الرهن في يد المرتهن قبل الطلب يهلك بلا شيء حتى لو هلك
اذ لا حكم للباطل فينبغي القبض باذن المالك ولا يجوز
للمسلم رهن الخمر ولا ارتهانها من مسلم او ذمي لان المسلم
لا يملك الايفا اذا كان راهنا ولا يملك الاستيفا اذا كان
مرتهنا وكذا الحال في الخنزير ولا يضمن له اي للمسلم
مرتهنها اي مرتهن الخمر ولو وصلية ذميا اي اذا كان
المرتهن ذميا لم يضمنها كما لا يضمنها بالغصب منه لانها
ليست بمال في حق المسلم ويضمنها هو اي المسلم لو ارتهنها
من ذمي اي اذا كان الراهن ذميا والمرتهن مسلما فهلكت
في يد المرتهن يضمن المسلم الخمر للذمي لانها مال متقوم
في حقه فتصير الخمر مضمونة على المسلم للذمي باقل من
قيمتها ومن الدين كما يضمنها بالغصب ويصح الرهن
بالدين ولو وصلية موعودا بان رهن شيا من
شخص ليقرضه كذا من المال وعند الايمة الثلاثة
لا يصح الرهن به فلو هلك هذا الرهن في يد المرتهن
لزمه اي المرتهن دفع ما وعد للراهن اي رهن ليقرضه
الف درهم مثلا وهلك الرهن في يد المرتهن قبل ان يقرضه
الفا يجب على المرتهن تسليم الالف الموعود الى الراهن
جبرا لان الموعود جعل موجودا حكما باعتبار الحاجة
ولانه مقبوض من جهة الرهن الذي يصح على اعتبار
الحاجة ولانه مقبوض وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض
على سوم الشرا فيضمنه ان كان الدين مثل قيمته اي
الرهن او اقل منها اما اذا كان الدين اكثر من قيمة
الرهن فعليه قدر قيمته هذا اذا سمى قدر الدين
فان لم يسمه بان رهنه على ان يعطي شيا فهلك في يده

يعطي

يعطي المرتهن الراهن ما شا لانه بالهلاك صار مستوفيا
شيا فيكون بيانه اليه وقال محمد لا يصدق في اقل
من درهم والمص لم يلتفت الى هذا لانه غير متعارف
كما قاله ابو المكارم لكن لا نسلم ذلك لان المص قد ذكر
حكمه مما سبق وهو قوله وان الدين اكثر سقط منه
قدر القيمة وطولب الراهن بالبقا في تذنيب وروي
عن ابي يوسف اذا قال لغيره اقرضني وخذ هذا
الرهن ولم يسم القرض فاخذ الرهن ولم يقرضه حتى
ضاع الرهن فعليه قيمة الرهن في الدين الموعود
بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشرا وفي البزازية
الحاصل ان الرهن بالدين الموعود ان المستقرض اذا
سمى شيا ورهن به وهلك الرهن قبل الاقراض ضمن
الاقل من القيمة ومن المسمى وان لم يكن سمى شيا
اختلف فيه الامام الثاني ومحمد لكن قد قررنا ٥
نقلا عن التنوير ان المقبوض على سوم الرهن اذا لم
يبين المقدار ليس بمضمون في الاصح تتبع ويصح الرهن
براس مال السلم وثمن الصرف قبل الافتراق ولم يصح
عند زفر وهو قول الايمة الثلاثة لانه استبدال
ورد بان الاستبدال اخذ صورة ومعنى والاستيفا
في الرهن اخذ معنى فان العين امانة والمضمون
هو المالية كما في القهستاني وبالمسلم فيه قبل الافتراق
وبعده عند زفر فيه روايتان ثم المراد في ما اظهر
فيه فايدة جواز الرهن بالاشيا المذكورة بالفاء
بقوله فان هلك الرهن في مجلس العقد قبل الافتراق
فقد استوفى اي صار المرتهن مستوفيا حكما لوجود

القبض واتحاد الجنس من حيث المالية السلم والصرف فان
افترقا اي المتعاقدان قبل النقد اي قبل نقد راس
المال وثمن الصرف وقبل الهلاك اي هلاك الرهن بطل
العقد فيهما لعدم القبض حقيقة ولا حكما فان المرتهن
لم يصر قابضا لحقه الا بالهلاك والرهن بالمسلم فيه رهن
ببدله اذا فسخ اي لو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن
يكون ذلك رهنا براس المال استحسانا حتى يحبسه به والقياس
ان لا يحبسه به لانه دين اخر وجب بسبب اخر وهو
القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن باحدهما
رهنا بالاخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وباحدهما
رهنا بالاخر رهن فقضى الذي به الرهن او ابراه منه
ليس له حبسه بالدين الاخر وجه الاستحسان انه
ارتهن لحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وهو
المسلم فيه عند عدم الفسخ وراس المال عند الفسخ فيكون
محبوسا به لانه بدله فقام مقامه اذ الرهن بالشي يكون
رهنا ببدله كما اذا ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب
صار رهنا بقيمته وهلاكه اي وهلاك الرهن بعد
الفسخ هلاك بالاصل اي هلاك الرهن بعد التفاسخ
هلاك الرهن بالمسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا
بغيره وهو راس المال كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ
بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع
لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن ويصح
الرهن بالاعيان المضمونة بنفسها اي بالمثل او القيمة
كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم عمد
فان هذه الاشيا يجب تسليم عينها عند قيامها اذ

لا يجوز

لا يجوز البدل عند وجود الاصل وعند هلاكها يجب الاتيان
بمثلها ان كان لها مثل وبقيمتها ان لم يكن لها مثل فاذا هلك
الرهن عند قيام العين في يد الراهن يقال له سلم العين
وخذ من المرتهن الاقل من قيمة العين ومن قيمة الرهن
لان الرهن مضمون عندنا واذا هلك العين قبل
هلاك الرهن يصير الرهن رهنا صحيحا بقيمة العين
المضمونة ثم اذا هلك الرهن يهلك بالاقل من القيمة ومن
قيمة الرهن ويصح الرهن ببدل الصلح عن انكار وان صولح
اقر المدعي بعدم الدين صورته لو ادعى رجل على رجل دينا
الف درهم مثلا فانكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة
على الانكار واعطاه بها رهنا يساوي خمسمائة فهلك الرهن
عند المرتهن ثم تصادقا ان لا دين عليه فان للمرتهن يضمن
قيمته خمسمائة للراهن باعتبار الظاهر وعن ابي يوسف خلافه
اي ليس عليه ان يرد شيا ولو رهن الاب لدينه عبد طفله
جاز لانه يملك ايداعه وهذا انظر منه في حق الصبي لانه اذا
هلك يهلك مضمونا والوديعة امانة ولو كان الولد كبيرا لا
يجوز للاب ان يرهن ماله بدين على نفسه الا باذنه وكذا
الوصي اي الوصي مثل الاب في الحكم المذكور وعن ابي يوسف
وزفر انهما لا يملكان ذلك وهو القياس لان الرهن ايفا
حكما فلا يملكانه كالايفا حقيقة وجه الاستحسان ان في
حقيقة الايفا ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله
في الحال وفي الرهن حفظ مال الصغير في الحال مع
بقا ملكه فيه فان هلك العبد الرهن لزمهما اي الاب
والوصي مثل ما سقط به اي بالرهن من دينهما اي من
الاب والوصي ولا يضمنان الفضل ان كانت قيمة الرهن

اكثر من الدين لانه امانة عند المرتهن وللصغير ولاية الايداع
وذكر التمرتاشي ان قيمة الرهن ان كانت اكثر من الدين
يضمن الاب بقدر الدين والوصي بقدر القيمة لان للاب
ان ينتفع بمال الصبي بخلاف الوصي وفي الذخيرة التسوية
بينهما في الحكم وقالا لا يضمنان الفضل لما مر من انه امانة
وكذا لو سلطا المرتهن على البيع لانه توكيل على بيعه وهما
يملكانه ولو رهنه الاب متاع الصغير من نفسه او من
ابن له صغير اي للاب او من عبد له اي للاب تاجر
لا دين عليه صح لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة
شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا
العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي
العقد بخلاف الوصي اي لو رهنه الوصي من نفسه
او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم
عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد
في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة
ولا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن
من ابنه الصغير ومن عبده التاجر الذي ليس عليه
دين رهن له اي الرهن من نفسه اي الوصي بخلاف ابنه
الكبير وابيه اي ابي الوصي وعبده الذي عليه دين لانه
لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء
لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا
وان استدان الوصي لليتيم في كسوته او طعامه
ورهن به متاعه اي متاع اليتيم صح لان الاستدانة
جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك
لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى للوصي

التجارة

التجارة تثميرا لماله ولا تجد بدا من الارتهان والرهن لانه
ايفاء واستيفاء وليس للطفل اذا بلغ نقض الرهن في شيء
من ذكره ما لم يقض الدين لوقوعه لازما من جانبه ولو
كان الاب رهنه فقضاه الابن رجع به في مال الاب
لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير
الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه الاب يصير
قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهن شيئا بثمن
عبد فظهر العبد حرا او بثمن خل فظهر الخل خمرا او بثمن
ذكية فظهرت ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين
واجب ظاهرا وهو كاف لانه اكد من الدين الموعود
وجاز رهن الذهب والفضة وكل مكيل وموزون لانه
يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن وان رهنت
بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة
لانها ساقطة الاعتبار عند المقابلة بالجنس في الاموال
الربوية وهذا عند الامام فان عنده يصير مستوفيا
باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما هلاكها بقيمتها
ان خالفت وزنها فيضمن بخلاف الجنس ويجعل رهنا
مكان الهالك قالوا وعندهما ان لم يكن في اعتبار الوزن
اضرار باحدهما بان كانت قيمة الرهن مثل وزنه ان
يكون هلاكها بمثلها من الدين عند الامام وان كان
فيه الحاق ضرر باحدهما بان كانت قيمته اكثر من وزنه
او اقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه ثم يجعل ما ضمن
رهنا مكانه ويكون دينه على حاله لانه لا وجه الى
الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى
اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربا فصرنا الى التضمين

بخلاف الحبس لينتقض القبض ويحل مكانه ثم يتملكه وفي نه
النهاية والتبيين تفصيل فليراجعهما ومن شري شيئا
علي ان يعطي بالثمن رهنا بعينه او كفيلا بعينه صح
استحسانا لانه شرط ملايم للعقد اذ الرهن والكفالة
للاستيثاق وهو ملايم الوجوب وفي القياس لا يجوز
لكونه صفقة في صفقة وهو منهي عنه واذا كان الرهن
او الكفيل غايبا يفوت معني الاستيثاق لان المشتري
ربما يرهن شيا حقيرا او يعطي كفيلا فقيرا لا يعد من
الاستيثاق فيبقي العقد بشرط غير ملايم فيفسد ه
قياسا واستحسانا اما لو كان الكفيل غايبا فحضر في المجلس
وقبل صح وكذا لو لم يكن معينا فاتفقا علي تعيين الرهن
في المجلس او نقد المشتري الثمن حالا لاجاز وبعد المجلس
لا يجوز فان امتنع المشتري عن اعطايه اي اعطا الرهن
لا يجبر المشتري علي اعطايه عندنا لان عقد الرهن
تبرع ولا جبر علي التبرعات وقال زفر يجبر عليه لان الرهن
صار بالشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في عقد
الرهن فيلزم الرهن بلزومه ويثبت للبايع الخيار ان
شا فسخ البيع ان ابي عن اعطا الرهن وان شا ترك
الرهن لانه وصف مرغوب في العقد وما رضي الا به
فيتخير بفواته ان دفع المشتري الثمن حالا لخ لا يفسخه
لحصول المقصود وهو الاثمان في العقود او دفع قيمة
الرهن رهنا لان يد الاستيفا تثبت علي المعني وهو
القيمة ومن شري شيا وقال المشتري لبايعه امسك
هذا حتي اعطيك الثمن فهو اي الثوب رهن عند
الطرفين وعند ابي يوسف وديعة لا رهن وهو قول

زفر

زفر والايمة الثلاثة لان قوله امسك يحتمل الامرين الرهن
والايداع لانه اقل وادون من الرهن فيقضي بثبوته بخلاف
ما اذا قال امسكه بدينك او بمالك علي لانه لما قابله بالدين
فقد عين جهة الرهن ولنا انه اتي بما ينبي عن معني الرهن
الرهن وهو الحبس الي ايفا الثمن فالعبرة في العقود
للمعاني الا يري انه لو قال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا
للتصريح بموجب البيع كانه قال بعتك بكذا ولا فرق بين
ان يكون ذلك الثوب هو المشتري او لم يكن بعد ان كان
بعد القبض لان المبيع بعد القبض يصلح ان يكون رهنا
بثمنه حتي يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما اذا كان قبل
القبض لانه محبوس بالثمن وضمانه يخالف ضمان الرهن
فلا يكون مضمونا بالضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما
حتي لو قال له امسك المبيع حتي اعطيك الثمن قبل القبض
فهلك انفسخ البيع كما في التبيين ولو رهن عبدين بالف
فليس له اخذ احدهما بقضا حصته اي حصة احدهما من
الالف كالبيع لان المجموع محبوس لكل جز من اجزا الدين
تحصيلا للمقصود وهو المبالغة في الحمل علي الايفا فصار
كالمبيع في يد البايع فان سمي لكل واحد من اعيان الرهن شيا
من المال الرهن فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات
له ان يقبضه اذا ادي ما سمي له وجه الاول ان العقد متحد
لا يتفرق بتفريق التسمية كما في البيع ووجه الثاني لا حاجة
الي الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الاخر
الا يري انه لو قبل الرهن في احدهما جاز بخلاف البيع ولو
رهن رجل عينا عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه
سوا كانا شريكين في الدين او لم يكونا شريكين فيه صح

بكل الدين فيكون الجميع محبوسا به

الرهن وكلها اي كل العين رهن لكل واحد منهما اي من
الرجلين لان الرهن اضيف الي جميع العين في صفقة
واحدة ولا شيوع في الرهن لان موجبه ميرورته
محتبسا بالدين وهذا الحبس مما لا يقبل الوصف بالتجزي
فصار محبوسا لكل واحد منهما بخلاف الهبة من رجلين حيث
لا يجوز عند الامام لان العين تنقسم عليهما فيثبت
الشيوع ضرورة والمضمون علي كل واحد منهما يصير مستوفيا
بالهلاك اذ ليس احدهما باولي من الاخر فتنقسم عليهما
لان الاستيفا مما يقبل التجزي فان تهايا المرتهنان في — علي حصة دينه لان كل واحد منهما صح
حفظها اي العين المرهونة فكل واحد منهما في نوبته
كالعدل الذي وضع عنده الرهن في حق الاخر وفيه اشارة
الي ان تهايات كل واحد منهما باق مالم يصل الرهن الي الراهن
كما في العناية وفي التبيين هذا اذا كان لا يتجزي
فظاهر وان كان مما يتجزي وجب ان يحبس كل واحد
منهما النصف فان دفع احدهما كله الي الاخر وجب ان يضمن
له اي عند الامام خلافا لهما فان قضي الراهن دين
احدهما اي احد المرتهنين دون الاخر فكلها اي كل العين
رهن عند الاخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما
من غير تفرق علي ما ذكر انفا ولو رهن اثنان من واحد
صح وله اي للواحد ان يمسك الرهن حتي يستوفي جميع
حقه منهما لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير
شيوع فصار نظير البايع وهما نظير المشتريين ولو ادعي
كل من اثنين ان هذا الرهن لعلها من هذا الشي معقود
رهن منه وقبضه اي الشي وبرهنا عليه اي علي ما
ادعيا بطل برهانهما صورتها رجل في يده عبد ادعاه
رجلان

رجلان يقول كل واحد منهما لذي اليد قد رهنتني عبدك
هذا بالف درهم وقبضته منك واقام البينة علي مدعاها
فهو باطل اذ لا وجه الي القضا لكل واحد منهما بالكل لاستحالة
ان يكون العبد الواحد كله رهنا لهذا وكله لذلك في حالة
واحدة ولا لاحدهما بكله لعدم اولوية حجته علي حجة الاخر
ولا الي القضا لكل منهما بالنصف لافضايه الي الشيوع فتعذر
العمل بها وتعين التهاتر ولا يمكن ان يقدر كانهما ارتهناه
معا استحسانا اذ جهل التاريخ لانه فذلك يودي الي العمل بخلاف
ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت بينته حبسا يكون
وسيلة الي مثله في الاستيفا وبهذا القضا يثبت حبس
يكون وسيلة الي شطره في الاستيفا وليس هذا عملا
علي وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمد اخذ
به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان
الباطل لا حكم له هذا اذا لم يورخا فان ارخا كان صاحب
التاريخ الاقدم اولي وكذا اذا كان الرهن في يد احدهما
كان صاحب اليد احق ولو كان هذا بعد موت الراهن
اي لو مات الراهن فاقام كل واحد منهما انه رهنه عنده
وقبضه قبلا وحكم بكون الرهن مع كل واحد منهما نصفه
بدل عن الرهن رهنا بحقه اي بحق كل منهما استحسانا
وهو قول الطرفين لان حكم الرهن هو الحبس في الحياة
وليس للشيوع وجه هنا بخلاف الممات اذ بعده ليس له
الحكم الا الاستيفا بان يبيعه في الدين شاع اولم يشع
وعند ابي يوسف يبطل هذا قياسا لان القضا بالنصف
غير جايز في الحياة للشيوع وكذا في الممات له وفي التنوير
اقتسمامة المديون ليكون رهنا عنده لم يكن رهنا

دفع ثوبين فقال خذ ايهما شئت رهنا بكذا فاخذهما لم يكن
واحد منهما رهنا قبل ان يختار احدهما

باب الرهن يوضع على يد عدل

لما فرغ من الاحكام الراجعة
الى نفس الراهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الاحكام
الراجعة الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب ابدا يقفو
حكم الاصل ثم ان المراد بالعدل هنا من رضي الراهن والمرتهن
بوضع الرهن في يده وزاد عليه بعض المعتبرات قيدا
اخر حيث قال ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل بنا
على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب والا فرضاهما
ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم وعن هذا
قال في الكافي ليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه
لانه مامور بالحفظ فحسب ولو اتفقا اي الراهن والمرتهن
على وضع الرهن عند عدل صح وضعهما ويتم الرهن بقبض
العدل هذا عندنا وقال زفر لا يصح لان العدل يملكه
عند الضمان بعد الاستحقاق فينعدم القبض وبه قال
ابن ابي ليلى قلنا يده يد المرتهن فيصح والمضمون هو
المالية فينزل منزلة شخصين وليس لاحدهما اي للراهن
اخذه اي اخذ الرهن منه اي من العدل بلا رضى الاخر
لتعلق حق كل واحد منهما به حفظا واستيفاء فلا يبطل كل
واحد حق الاخر ويضمن العدل قيمة الرهن بدفعه الى
احدهما لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن
في حق المالية وكل واحد اجنبي عن الاخر والمودع اذا
دفع الى الاجنبي يضمن ولانه لو دفع الى المرتهن يد فسخ
ملك الغير ولو دفع الى الراهن يبطل اليد على المرتهن
لا كل بيده وذلك تعد وهلاكه اي الرهن في يده اي في يد
العدل

العدل على المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن والمالية
هي المضمونة فان وكل الراهن العدل او المرتهن او غيرهما
اي غير العدل والمرتهن ببيعه اي ببيع الرهن وقت حلول
الاجل صح التوكيل لان الرهن ملكه فله ان يوكل من شاء
من هو اهل لبيع ماله معلقا ومنجزا فلو وكل ببيعه صغيرا
لا يعقل فباعه بعد بلوغه لم يصح عند الامام لان امره
وقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب جائزا وقالا
يصح لقدرته عليه وقت الامتثال فان شرطت الوكالة
في عقد الرهن لا ينعزل الوكيل بالعزل اي عزل الراهن
بدون رضى المرتهن لتعلق الحق بالمرهون وفي القهستاني
ولو وكل بعد الرهن انعزل بالعزل فهذا ظاهر الرواية
وقال شيخ الاسلام الصحيح انه لم ينعزل كما في الذخيرة
لكن الصحيح انعزل كما في الخانية ولا ينعزل ايضا بموت
الراهن ولا بموت المرتهن لان الوكالة المشروطة في
ضمن عقد الرهن صارت حقا من حقوقه فيلزم بلزوم
اصله كما في الهداية لكن هذا الدليل يقتضي جواز عزله
قبل ان يقبض المرتهن الرهن فان اللزوم انما يتحقق
بالقبض الا ان يقال لما تضمنته الوكالة ثانية في ضمن
عقد الرهن فزوالها يكون في ضمن زواله ايضا تدبر
وله اي للوكيل ببيعه اي ببيع الرهن بعد موت الراهن
بغيبة ورثته اي ورثة الراهن كما كان له ذلك حال
حياته ان يبيعه بغير حضرة الراهن وينفسخ الوكالة
بموت الوكيل فلا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان
الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برايه
لا براي غيره كما في الهداية وهذا يقتضي ان يجوز بيع

الوصي اذا قال الراهن للوكيل بالبيع اجزت لك ما صنعت
فيه من شي وصرح بذلك في الذخيرة وعن ابي يوسف
ان كل وصي الوكيل يملك بيعه للزوم الوكالة كالمضارب
اذا مات والمال عروض يملك وصي المضارب بيعها ولو
وكله اي العدل بالبيع مطلقا ملك بيعه بالنقد والنسية
فلو نهاه اي العدل بعده اي بعد توكيله مطلقا عن
بيعه نسيئة لا يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا
بوصفه وكذا لا ينعزل بالعزل الحكمي كموت الموكل
وارتداده ولحوقه بدار الحرب لان الرهن لا يبطل بموته
ولو بطل بما كان يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم
عليه كما تقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة
حيث تبطل بالموت وينعزل بعزل الموكل وتمامه في
التبيين فليراجع ولا يبيع الراهن ولا المرتهن الرهن
بلا رضا الآخر لتعلق حق كل منهما بالرهن كما بيناه
وان حل الاجل والراهن او وارثه بعد موته غايب
وابى الوكيل ان يبيعه اجبر بالاتفاق الوكيل على
بيعه اي الرهن بان يحبسه القاضي اياما فان لم يبعه
بعد الحبس اياما فالقاضي يبيع عليه وهذا على اصلهما ظاهر
واما على اصل الامام فكذلك عند البعض لان جهة البيع
تعينت لانه يبيع الرهن فيما رجعنا المرتهن ايفا حقه بخلاف
ساير اموال المديون وقيل لا يبيع كما لا يبيع مال
المديون عنده وفيه اشعار بانه لو حضر الراهن لم
يجبر الوكيل بل اجبر هو كما في القهستاني ثم ان البيع
لا يفسد بهذا الاجبار لانه اجبار بحق فصار كالاجبار
وفي الايضاح انه لا يجوز البيع قبل حلول الاجل وفي
الخانية

الخانية لو سلط العدل على البيع مطلقا ولم يقل عند حل
الدين فله ان يبيعه قبل ذلك كما يجبر الوكيل بالخصومة
عليها اي على الخصومة عند غيبة موكله اي اذا وكل المدعى
عليه رجلا بخصومته بطلب المدعي فغاب الموكل وابى
الوكيل ان يخاصمه فانه يجبر على الخصومة لان للمدعي خلي
سبيل المدعى عليه اعتمادا على انه وكيله فلو صح فلا
يكون للوكيل ان يمتنع كما في الكافي وفيه اشعار بان
تكون الوكالة بطلب المدعي لكن اطلاق المتن يخالفه
تدبر وفي البرجندي والخلاف في اجبار الوكيل بالخصومة
كالخلاف في اجبار الوكيل بقضا الدين لا يجبر اذا وكله
بقضايه من مال نفسه بخلاف ما اذا وكله بقضا الدين
من مال الموكل انتهى وكذا يجبر على بيعه لو شرطت الوكالة
بعد عقد الرهن في الاصح وذكر السرخسي ان في ظاهر
الرواية لا يجبر الوكيل على البيع وعن ابي يوسف ان الجواب
في الفصلين واحد اي يجبر سوا شرط او لم يشرط ويويده
اطلاق الجواب في الجامع الصغير فان باعه اي الرهن العدل
فثمنه اي ثمن الرهن قايم مقامه اي مقام الرهن ولا فرق
بين ان يكون الثمن مقبوضا او لم يكن لقيامه مقامه
ما كان مقبوضا وهو الرهن وهلاكه اي هلاك الثمن
او توى على المشتري كهلاكه اي الرهن فيسقط بقدره دين
المرتهن ولا ينظر الى قيمة الرهن بل الى قيمة الثمن خص
العدل بالذكر والظاهر انه اذا وكل المرتهن ببيع المرهون
كان الحكم ايضا كذلك كما في البرجندي فان اودى الثمن بعد بيع العدل الرهن المرتهن واستحق الرهن وكان
هالكا في يد المشتري فللمستحق ان يضمن الراهن قيمته

بيع الرهن وانما قيد [illegible] الوكيل بالخصومة [illegible] لانه [illegible]

الرهن ان شا لانه غاصب في حقه بالاخذ ويصح البيع
والقبض اي قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه لان الراهن
ملكه باداء الضمان مستندا الي وقت الغصب فتبين انه
امر ببيع نفسه اوضمن المستحق العدل معطوف علي قوله
الراهن لانه متعد في حقه بالبيع او التسليم ثم العدل
علي تقدير تضمينه مخير ان شا ضمن الراهن لانه وكيل
من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة
ويصحان اي البيع وقبض المرتهن ايضا لان العدل
ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه فلا يرجع
المرتهن علي العدل بشي بدينه اوضمن المرتهن ثمنه
الذي اداه اليه لظهور اخذه الثمن من غير حق وهو
اي الثمن له اي للعدل لانه ملكه وانما اداه الي المرتهن
علي ظن ان المبيع ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه
لم يكن العدل راضيا به فله ان يرجع به عليه ويبطل
القبض فيرجع المرتهن علي الراهن بدينه لان
العدل اذا رجع بطل قبض المرتهن الثمن فيرجع
المرتهن علي راهنه بدينه ضرورة فان كان الرهن
قايما في يد المشتري اخذه اي الرهن المستحق من
مشتريه لانه وجد عين ماله ورجع المشتري علي
العدل بثمنه لكونه عاقدا فحقوق العقد راجعة اليه
ثم يرجع هو اي العدل علي الراهن به اي بثمنه لانه
الذي ادخله في العهدة بتوكيله فيجب عليه تخليصه
وصح القبض اي قبض المرتهن الثمن لان مقبوضه
سلم له او يرجع العدل علي المرتهن بالثمن الذي اداه
اليه اذ بانتقاض العقد يبطل الثمن وكذا ينتقض
قبضه

قبضه بالضرورة ثم يرجع المرتهن علي الراهن بدينه
لانه اذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين
كما كان فيرجع به علي الراهن هذا علي اشتراط التوكيل
اما ان لم يشترط في الرهن لاختيار العدل وعن هذا
قال وان لم يكن التوكيل مشروطا في الرهن يرجع
العدل علي الراهن فقط لا علي المرتهن سوا قبض
المرتهن ثمنه او لم يقبض كما اذا باع العدل بامر الراهن
وضاع الثمن في يده من غير تعد منه ثم استحق المرهون
وضمن العدل يرجع به علي الراهن وان هلك الرهن
عند المرتهن ثم استحق فللمستحق ان يضمن الراهن
قيمته ان شا لانه متعد في حقه بالتسليم ويصير
المرتهن مستوفيا بدينه لان الراهن ملكه باداء الضمان
فصح الايفا وان شا ان يضمن المرتهن لانه متعد في
حقه ايضا بالقبض ويرجع المرتهن بها اي بالقيمة التي
ضمنها لانه مغرور من جهة الراهن ويرجع بدينه علي
الراهن لانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان فقيل
لما كان قرار الضمان علي الراهن والملك في المضمون يثبت
لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه
فما الفائدة في رجوع المرتهن علي الراهن بسبب انه مغرور
من جهته كان له الرجوع متناقضا عن عقد الرهن
فتبين انه ملك غيره باب التصرف في
الرهن وجناياته والجناية عليه لما ذكر الرهن واحكامه
شرع فيما يعترض عليه اذ عارضه بعد وجوده بيع
الراهن الرهن موقوف علي اجازة المرتهن او قضا دينه
وعن ابي يوسف انه نافذ كالاعتاق لانه تصرف في

خالص ملكه والصحيح ظاهر الرواية لتعلق حق المرتهن به
فيتوقف على اجازته وان تصرف الراهن في ملكه كالوصية
يتوقف نفاذها فيما زاد على الثلث على اجازة الورثة لتعلق
~~حقهم به حق المرتهن به فيتوقف على اجازته وان تصرف~~
~~الراهن في ملكه كالوصية يتوقف نفاذها فيما زاد على الثلث~~
على اجازة الورثة لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز
لان المانع من النفاذ حقه وقد زال بالاجازة وان قضاه
الراهن دينه جاز ايضا لان المقتضي لنفاذ البيع
موجود وهو التصرف الصادر عن الاهل في المحل وقد
زال المانع من النفوذ فان اجازه صار ثمنه رهنا مكانه
وفي الهداية فاذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل
حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية
والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع
برضا الغرما ينتقل حقهم الى البدل ضمنا كالعبد
المديون لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا
هذا وعن ابي يوسف انه انما يكون الثمن رهنا اذا كان
الراهن شرط ان يباع بدينه اما اذا لم يكن فلا والصحيح
هو الاول ولهذا كله اذا باع الراهن وهو في يد المرتهن
اما اذا دفعه الى الراهن فقيل لا يبقى الرهن فلا يكون
الثمن رهنا والاصح انه يبقى رهنا لانه بمنزلة الاجازة
فلا يبطل الرهن لكن يبطل ضمانه كما في العمادية وان
لم يجز المرتهن البيع وفسخ لا ينفسخ في الاصح اذ ثبوت
حق الفسخ له لضرورة صيانة حقه ولا حاجة الى هذه
الضرورة اذ حقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذه
العقد فيبقى موقوفا وينفسخ في رواية ابن سماعة

كعقد

كعقد الفضولي حتى لو استفكه الراهن فلا سبيل للمشتري
عليه واذا كان موقوفا فان شاء المشتري صبر الى ان
يفك الرهن لان العجز على شرف الزوال او رفع المشتري
الامر الى القاضي ليفسخ اي يفسخ القاضي البيع بسبب
العجز عن التسليم فان ولاية الفسخ الى القاضي لا الى
المشتري كما اذا ابق العبد المشترى قبل القبض فانه
يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هنا ولو باعه الراهن من
رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن
فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ
والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجازه المرتهن
البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر
او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه
العقود جاز البيع الاول والفرق فهو ان المرتهن
ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح
تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه العقود
لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل
المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في
المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ
البيع الاول فوضح الفرق كما في الهداية وصح عتق
الراهن موسرا كان او معسرا الرهن اي العبد الرهن
بلا اذن المرتهن وكذا يصح تدبيره واستيلاده عندنا
لانه تصرف صدر عن الاهل ووقع في المحل فخرج عن
الرهنية لبطلان المحلية فلا يجوز استيفا الدين
منهم وانما لا ينفذ بيعه للعجز عن التسليم والبيع [illegible]
مفتقر الى القدرة على التسليم بخلاف الاعتاق ولهذا

يعني ان المرتهن ايهما اجاز لزم ذلك وبطل الآخر زيلعي

دون هذه العقود صح

فلا منفعة له فيها

بنفذ اعتاق الابن دون بيعه فان كان الراهن موسرا
طولب بدينه ان كان حالا لانه طولب باداء القيمة تتم
المقاصة بقدر الدين فلا فايدة فيه واخذت قيمة
الرهن اي اخذ المرتهن من الراهن قيمة العبد فجعلت
اي القيمة رهنا مكانه لو كان الدين موجلا حتى يحل
الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فايدة
وهو ان يكون الكل رهنا واذا حل الدين اقتضاه بحقه
اذا كان من جنس حقه ورد الفضل كما في الهداية وان كان
الراهن معسرا سعى العبد المعتق في الاقل من قيمته
ومن الدين اي ان كانت القيمة اقل سعى العبد في القيمة
وان كان الدين اقل من القيمة سعى في الدين وانما
يسعى لانه لا يتمكن المرتهن من استيفا حقه من الراهن
الفقير فياخذه من المنتفع بالعتق وهو العبد بمقدار
ماليته اذ لا يسوغ ان يسعى فيما زاد على مقدارها
ويرجع العبد به اي بما سعى على سيده اذا ايسر لانه
قضاه بالزام الشرع ومن قضى دين غيره وهو مضطر
فيه يرجع عليه بخلاف المستسعى في اعتاق احد
الشريكين لانه يودي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل
العتق عنده ولتكميله عندهما وقال الشافعي انه ينفذ
ان كان موسرا لامكان تضمينه ولا ينفذ ان كان معسرا
وسعى المدبر وام الولد في التدبير والاستيلاد في كل
الدين بلا رجوع لان كسب المدبر والمستولدة ملك
المولى فيسعيان في كل دينه بلا رجوع واتلافه اي
اتلاف الراهن الرهن كاعتاقه موسرا اي ان كان
الدين حالا اخذ منه كل الدين وان كان موجلا اخذ منه
قيمته

قيمته ليكون رهنا عنده الى زمان حلول الاجل وان
اتلفه اي الرهن اجنبي اي غير الراهن ضمنه اي المتلف
المرتهن قيمته اي الرهن يوم هلك وكانت القيمة رهنا
مكانه لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد
ما قام مقامه والواجب في هذا المستهلك قيمته يوم هلاكه
باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن تعتبر قيمته يوم
القبض حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة ويوم
الارتهان الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من
الدين خمسمائة لان المعتبر في ضمان الرهن يوم قبضه
كما مر لانه به دخل في ضمانه لانه قبض استيفا الا انه
يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين موجل
ضمن قيمته لانه اتلف مال الغير وكانت رهنا في يده حتى
يحل الاجل لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه ولو حل الدين
والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن منه دينه ورد
الفضل على الراهن ان كان فيه فضل وان كان دينه اكثر
من قيمته رجع بالفضل وان نقصت عن الدين بتراجع
السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض الفا وجب
بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان
ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره وتعتبر
قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا
بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته
يوم اتلف كما في الهداية وغيره وهو مشكل لان النقصان
بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف
يسقط من الدين خمسمائة سوى ما لزمه من الفضل
بالاتلاف فكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط

الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر
فوجب ان لا يسقط بمقابلته شي من الدين كما في التبيين
لكن الاستشكال يضمحل بقول صاحب الهداية وغيره وتعتبر
قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع
السعر اذ لا شك ان القبض السابق مضمون عليه لانه
قبض استيفا بالهلاك يتقرر الضمان ولما كان المعتبر
قيمته يوم القبض وقد كانت قيمته يوم القبض الفا ثم
انتقصت منها خمسماية بتراجع السعر سقط عن الدين
لا محالة مقدار تمام الالف خمسماية منه باتلافه وخمسماية
منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته وقت القبض الفا
تاما ولا تاثير في سقوط شي منه لتراجع السعر اصلا
وهذا ظاهر من عبارة الهداية وغيرها فتدبر ولو اعار المرتهن
الرهن اي فعل به مثل ما يفعل بالعارية والا فالعارية
تمليك المنافع والمرتهن لا يملك ذلك وفي المنح تفصيل فليراجع
من راهنه خرج من ضمانه لان الضمان كان باعتبار قبضه
وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان لارتفاع
المقتضي له فلا يكون مضمونا على صاحبه لان الاسترداد
باذنه وبرجوعه اي برجوع الرهن الى يد المرتهن يعود
ضمانه حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب
للضمان وله اي للمرتهن الرجوع من الاعارة متى شا لان
عقد الراهن باق الا في حكم الضمان في تلك الحالة ولو اعاره
احدهما اي اعاد المرتهن والراهن الرهن باذن الاخر
من اجنبي خرج من ضمانه ايضا لما بينا من ان الضمان
كان باعتبار قبضه وقد انتقض فلو هلك في يده اي في
يد المستعير هلك مجانا لارتفاع القبض الموجب للضمان

ولكل

ولكل منهما اي من الراهن والمرتهن ان يرده من المستعير رهنا
كما كان لانه لم يخرج عن الرهنية بالاعارة ولان لكل واحد
حقا محترما في الرهن وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة
من الاجنبي اذا باشرها احدهما باذن الاخر حيث يخرج
عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا كما في الهداية فان
مات الراهن قبل رده اي قبل رد المستعير الرهن الى
المرتهن فالمرتهن احق به اي بالرهن من سائر الغرما لان
حكم الرهن باق فيه اذ يد العارية ليست بلازمة وكونه
غير مضمون لا يدل على انه غير مرهون فان ولد المرهون
مرهون وليس بمضمون بالهلاك فظهر منه ان الضمان
ليس من لوازم الرهن من كل وجه ولو استعار المرتهن
الرهن من راهنه للعمل او استعمله باذنه فهلك حال
استعماله سقط ضمانه عنه لثبوت يد العارية بالاستعمال
وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وان هلك الرهن
قبل استعماله اي المرتهن او هلك بعده اي بعد استعماله
فلا يسقط ضمانه عن المرتهن اما الاول فلبقاء عقد الرهن
واليد والضمان واما الثاني فلان يد العارية ترتفع
بالفراغ فيبقى على اصل الرهن وصح استعارة شي ليرهن
ذكره الشمني لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع
باثبات ملك العين واليد وهو قضا الدين بماله
ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا
للمرتهن كما ينفصل في حق البايع زوالا لان البيع يزيل
الملك دون اليد فان اطلق المعير فلم يقيده بشي رهنه
اي المستعير بما شا من قليل او كثير عند من شا عملا
بالاطلاق وان قيد المعير ما عاره لرهن بقدر مأكاده

او يلبس او مرتهن او بكم تقييد به فليس للمستعير ان يجاوز عنه
اذ كل ذلك لا يخلوا عن افادة شي من التيسر والحفظ والامانة
ثم بين فايدته فقال فان خالف ما قيده المعير فهلك كان
ضامنا فان شا المعير ضمن المستعير قيمته ويتم الرهن
بينه اي بين المستعير الراهن وبين مرتهنه لان كل واحد
منهما متعد في حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن
كغاصب الغاصب او ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمنه
وبدينه على المستعير لما مر في الاستحقاق وان خالف الي
خيرات عين اكثر من قيمته فرهنه باقل من ذلك بمثل
قيمته او اكثر فانه لا يضمن وان وافق المستعير في ارتهانه
بعد ما عينه المعير فهلك عند مرتهنه صار مستوفيا
دينه ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر او صار مستوفيا
قدر قيمة الرهن لو كانت قيمته اقل من الدين وطالب
راهنه بما فيه اي بباقي الدين اذا لم يتم الاستيفا
بالزيادة على قيمته ووجب للمعير على المستعير مثل
الدين لو صار مستوفيا دينه بان كانت قيمته كالدين
او اكثر لانه قضى دينه كله او قدر القيمة لو صار مستوفيا
قدر قيمة الرهن لانه قضى ذلك القدر من دينه ولا يجب
عليه قيمته مطلقا لانه لما وافق فلا يكون متعديا
ولو هلك عند المستعير قبل رهنه او بعد فكه عن الرهن
لا يضمن لانه لم يصر قاضيا دينه به وهو الموجب للضمان
على ما بيناه وان وصلية كان قد استعمله من قبل
بالاستخدام او بالركوب او نحو ذلك لانه امين خالف
ثم عاد الى الوفاق فلا يضمن خلافا للشافعي ولو اراد
المعير فكاك الرهن فقضاه دين المرتهن من عنده فله

ذلك

وتوضيحه انه اذا كانت قيمة الرهن عشرة والدين عشرة وقد اخذ المرتهن كل الدين وضمن المستعير للمعير الدين الذي اوفاه وهو عشرة وان كانت قيمته خمسة عشر والدين عشرة فقد اخذ المرتهن كل الدين ايضا ويضمن المستعير للمعير الدين الذي اوفاه اي العشرة ايضا ولا يضمن تمام القيمة لانه قد وافق فليس بمتعد وان كانت القيمة عشرة والدين خمسة عشر فقد اخذ المرتهن بعض الدين وهو عشرة وباقي الدين على الراهن ويضمن المستعير للمعير قدر ما اوفاه من الدين وهو العشرة كما في صدر الشريعة منه

ذلك وليس للمرتهن ان يمتنع من تسليم الرهن بل يكون
مجبورا على الدفع لان قضاه كقضا الراهن في استخلاص
ملكه ويرجع بما ادى على الراهن لكونه غير متبرع في القضا
لانه سعى في استخلاص ماله ولو قال المستعير هلك في
يدك قبل الرهن او بعد انفكاك وادعى المعير هلاكه
عند المرتهن فالقول للمستعير مع يمينه لانه ينكر
الايفا بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين فان قيل
قد صار مضمونا عليه بالرهن وهو يدعي سقوط
الضمان بالافتكاك فلا يقبل قوله في ذلك بحجة كالغاصب
يدعي رد المغصوب قلنا الرهن وان كان اثبات يد
الاستيفا ولكن حقيقة الايفا بالهلاك فاذا انكر
الهلاك في يد المرتهن فقد انكر الايفا حقيقة والضمان
ينشا منه وكان منكرا للضمان ولو اختلفا في قدر ما
امره بالرهن به فللمعير اي فالقول للمعير لان الاذن
يستفاد من جهته ولو انكر اصله كان القول له
فكذا اذا انكر وصفه وجناية الراهن على الرهن
مضمونة لانه تعلق به حق المرتهن وتعلق حق الغير بالمال
يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان الا ترى ان تعلق
حق الغير الورثة بمال المريض يمنع نفوذ تصرفه فيما زاد
على الثلث وكذا الورثة اذا اتلفوا العبد الموصى بخدمته
ضمنوا قيمته ليشترى به عبد ايقوم مقامه وكذا جناية
المرتهن عليه مضمونة فيسقط من دينه بقدرها
اي بقدر الجناية لان عين الرهن ملك المالك وقد
تعدى عليه المرتهن وهو سبب الضمان فيصير مستوفيا
من دينه بقدر الجناية اما اذا كان قدر الجناية

اكثر من الدين يضمن الراهن المرتهن ما زاد على الدين لان
الكل صار مضمونا عليه بالاستهلاك وجناية الرهن عليهما
اي على الراهن والمرتهن اذا كانت موجبة للمال بان كانت
موجبة للمال لخطا في النفس او فيما دونها واما ما يوجب منه
القصاص فهو معتبر بالاجماع كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا
لو قيده لكان اولى تدبر وعلى مالهما انه هدر اي باطل
عند الامام خلافا لهما في المرتهن فان عندهما جناية
الرهن على المرتهن معتبرة وهو مذهب الائمة الثلاثة
اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك وجناية
المملوك على المالك فيما يوجب المال هدر بالاتفاق بخلاف
الجناية الموجبة للقصاص واما الخلافية فلهما ان
الجناية حصلت على غير المالك وفي الاعتبار فائدة وهو
دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان شا الراهن و
المرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان
قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان
هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان على المرتهن
التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد
وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته
على مال المرتهن لا يعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته
والدين سوا لانه لا فائدة في اعتباره لانه لا يتملك
بها العبد مع ان التملك فائدة فلم يوجد وان كانت
القيمة اكثر من الدين فعن الامام انه يعتبر بقدر
الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد
الوديعة على المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن
على ابن الراهن او على ابن المرتهن لان الاهلاك

حقيقة

كراس ٥٠
٤٩١
491

حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي كما في الهداية
ولو رهن عبدا يساوي الفا بالف مؤجلة فصارت قيمته
مائة بان انتقص سعره فقتله اي العبد رجل خطا وغرم
مائة وحل الاجل يقبض المرتهن المائة قضاء عن حقه وسقط
باقيه وهو تسعمائة ولا يرجع على راهنه بشي لان
النقصان من حيث السعر لا يوجب السقوط عندنا لان
نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس فيه وذا
غير معتبر فاما نقصان العين فيتقرر بفوات جزء منه
فيسقط الدين في انتقاصها لا في انتقاص المالية من
جهة السعر ولما كان الدين باقيا ويد الرهن يد الاستيفا
صار مستوفيا للكل من الابتدا خلافا لزفر لان المالية
انتقصت فاشبه انتقاص العين وان باعه اي المرتهن
الرهن وهو العبد الذي يساوي الفا وكان رهنا بالف
بالمائة بامر راهنه فقبض المائة قضا لحقه ورجع المرتهن
بعد قبض المائة عليه اي على الراهن بالباقي اي بما في
الدين وهو تسعمائة وفي الكل واما الفصل الرابع وهو
ما اذا باعه بمائة فانه يصح لانه ان موضوع المسئلة ان
سعره تراجع الى مائة فظاهر لانه باعه بمثل قيمته فصح
بالاجماع وان كان موضوع المسئلة انه لم ينتقص فصح
البيع ايضا عند الامام وصح عندهما ان كان البيع بما
شي واذا صح البيع صار المرتهن وكيل الراهن بما باعه
باذنه وصار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو
كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفي
كذا هذا وان قتله اي العبد الرهن الذي يساوي الفا
قبل نزول السعر الى مائة او بعد التراجع والعبد هو يعدل

ماية فدفع بصيغة المجهول به اي دفع العبد الجاني مقام
العبد المقتول بسبب قتله افتكه الراهن بكل الدين وهو
الالف عند الشيخين لان التغير لم يظهر في نفس العبد
الثاني فاقام مقام الاول من حيث انه دم ولحم فكان تراجع
سعره الى ماية فلو كان الاول قايما وتراجع سعره لم يكن
له خيار فكذلك هنا وقال محمد هو بالخيار ان شاء دفع اي
العبد المدفوع الى المرتهن بدينه ولا شي عليه غيره وان
شا افتكه بالدين لانه تغير في ضمان المرتهن فاوجب التخيير
وقال زفر يصير الثاني رهنا بماية لان يد المرتهن يد
الاستيفا وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشرة
فيبقى الدين بقدره وان جنى العبد الرهن خطا فداه
المرتهن لان ضمان الجناية على المرتهن والعبد كله في ضمانه
ودينه مستغرق لرقبته على تقدير الفدا يبقى الدين
والعبد رهن وليس له ولاية الدفع الى ولي القتيل اذ
الدفع للمالك وهو ليس بمالك ولا يرجع المرتهن بشي من
الفدا لان العبد كله مضمون وجناية المضمون كجناية
الضامن فلو رجع على الراهن يصح الرهن عليه ولا
يفيد وان ابى اي امتنع المرتهن من الفدا دفعه الراهن
الى ولي الجناية او فداه اي يقال للراهن افعل واحدا
من الدفع والفدا ان شاء فعله وان شا يفدي عنه
ويسقط الدين تاما بفعل كل منهما من الرهن ان كان
الدين اقل من قيمة الرهن او مساويا وان كان الدين
اكثر يسقط من الدين مقدار قيمة العبد ولا يسقط
الباقي كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا التقييد كما قيده
كان اولى تدبر وفي بعض المعتبرات اذا ولدت المرهونة

ولد

ولد افتقل انسانا خطا او استهلك مال انسان فلا ضمان
على المرتهن بل يخاطب الراهن بالدفع او الفدا في الابتدا
لانه غير مضمون على المرتهن فاذا دفع خرج من الرهن
ولم يسقط شي من الدين كما لو هلك في الابتدا وان فدى
فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون
مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم
العبد فدينه على حاله كما في الفدا وان ابى قيل للراهن
بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل
الدين المرتهن كما ذكرنا في الفدا وان لم يؤد وبيع العبد
في الدين باختصاص دين العبد دينه وتمامه في الهداية
والكافي فليطالعهما وفي المنح لو رهن حيوانا من غير بني
ادم فجنى البعض على البعض كانت هدرا ويصير كانه هلك
بافة سماوية ولو رهن كل واحد منهما يساوي الفا بالفين
فقتل احدهما الاخر او جنى احدهما على الاخر فيما دون
النفس قل الارش او كثر لا تعتبر الجناية ويسقط دين المجني
عنه بقدره ولو كانا جميعا رهنا بالف فقتل احدهما الاخر
فلا دفع ولا فدا ويبقى القاتل رهنا بخمسماية وخمسين
ولو رهن عبدا او دابة فجناية الدابة على العبد هدر
وجناية العبد على الدابة معتبرة حسب جناية العبد على
عبد اخر ولو مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين
لان الوصي قايم مقامه فان لم يكن له وصي نصب القاضي له
وصيا وامره اي الوصي بذلك اي بالبيع لان القاضي نصب
ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم وقد
تعين النظر في نصب الوصي ليودي ما عليه لغيره
ويستوفي حقوقه من غيره ولو كان الدين على الميت

فرهن الوصي بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز فللآخر
ان يردوه ولو لم للميت غريم آخر جاز الرهن

فصل

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في اواخر الكتب رهن
رجل عصيرا اي عصير عنب عند رجل قيمته عشرة دراهم بعشرة
دراهم فتخمر العصير اي صار خمرا ثم تخلل اي صار خلا وهو اي
والحال انه يساوي عشرة اي عشرة دراهم فهو اي العصير المذكور
الذي صار خلا بعد ان صار خمرا رهن بعشرة اي بعشرة دراهم
لان عقد الرهن لم يبطل بالتخمر لان ما صلح محلا للبيع صلح
محلا للرهن لان المحلية انما تكون بالمالية فيهما والخمر لا يصلح
محلا لابتداء البيع ويصلح لبقائه فان من باع عصيرا فتخمر
في يد البائع بقي البيع الا انه يخير في البيع لتغير وصف
المبيع كما لو تعيب فلما صار خلا فقد زال العارض قبل
تقرر حكمه كان لم يكن وان رهنت شاة قيمتها عشرة
بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوي درهما فهو رهن
به اي بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا بقي بعض
المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة
قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره على
ما هو المشهور وان قال بعض المشايخ يعود البيع هذا
اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت قيمته
يومئذ درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين وفي الزاد
اشترى خلا بدرهم او شاة على انها مذبوحة بدرهم رهن
به شيئا ثم هلك الرهن فظهر ان الخل خمر والشاة ميتة
يهلك مضمونا بخلاف ما اذا اشترى خمرا او خنزيرا او ميتة
او حرا ورهن بالثمن شيئا وهلك عند المرتهن لا يضمن لانه
باطل وان انتقص الرهن عند المرتهن قدرا او وصفا -

يسقط

يسقط من الدين بقدره بخلاف النقصان بتراجع السعر
على ما عرف فلو رهن فروا قيمته اربعون بعشرة فافسده
السوس حتى صارت قيمته عشرة يفتكه الراهن بدرهمين
ونصف ويسقط ثلاثة ارباع الدين لان كل ربع من الفرو
مرهون بربع الدين وقد بقي من الفرو ربعه فيبقى من
الدين ايضا ربعه ونماء الرهن كولده ولبنه وصوفه وثمره
للراهن لانه متولد من ملكه فلا يدخل الكسب والهبة
والصدقة في الرهن لانها غير متولدة من الاصل فيأخذ
الراهن في الحال فيكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن
حق متأكد لازم فيسري الى الولد الا ترى ان الراهن
لا يملك ابطاله بخلاف ولد الجارية حيث لا يسري حكم الجناية
الى الولد ولا يتبع امه فيه فان هلك النماء هلك بلا شيء
لعدم دخوله تحت العقد مقصودا وان بقي النماء وهلك
الاصل يفتكه الراهن بحصته من الدين يقسم الدين
على قيمة الاصل يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك
لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة
بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار
مقصودا كالولد المبيع فما اصاب الاصل سقط من الدين
لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتك به
صورته رجل رهن شاة بتسعة دراهم وقيمتها عشرة
يوم القبض ثم ولدت قيمته خمسة دراهم يوم الفك
فصارت قيمتهما خمسة عشر والدين يقسم على قيمتهما
اثلاثا فيصيب ثلثا الدين للام وهي ستة فلتسقط
ويصيب ثلثه الولد وهو ثلاثة لان قيمتهما اثلاث فيلزم
الراهن ان يدفع الثلث ثم ياخذ الولد وفي التنوير

ولو اذن الراهن للمرتهن في اكل زوائد الرهن فاكلها فلا
ضمان عليه ولا يسقط شي من الدين وان لم يفتك
الراهن الرهن حتى هلك الرهن في يد المرتهن فيقسم
الدين على قيمته الزيادة التي اكلها المرتهن وعلى قيمة
الاصل فما اصاب الاصل سقط وما اصاب الزيادة
اخذه المرتهن من الراهن كما مر في الخانية رهن جارية
فارضعت صبيا للمرتهن من لبنها فانه محسوب عليه
من الدين وتصح الزيادة في الرهن مثل ان يرهن
ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم زاد الراهن ثوبا
فيكون مع الاول رهنا بالعشرة ولا تصح الزيادة
في الدين مثل ان يقول الراهن اقرضني خمسمائة
اخرى على ان يكون العبد الذي عندك رهنا بالالف
فلا يكون الرهن رهنا بها اي بالزيادة عند الطرفين
لان الزيادة في الدين ترك الاستيثاق وهو يكون
منافيا لعقد الرهن ولان الزيادة في الدين توجب
الشيوع في الرهن وهو غير مشروع فلا يصير الرهن
الاول رهنا بالدين الحادث بل يصير كل الرهن بمقابلة
الدين السابق فان هلك العبد الرهن يسقط الدين
الاول ويبقى الدين الثاني بلا رهن خلافا لابي يوسف
فان عنده يجوز الزيادة في الدين فيسقط بموت
العبد الرهن الدينان قياسا على الجانب الاخر ولان
الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن
فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع وقال زفر والشافعي
لا تجوز الزيادة في الرهن ولا في الدين لعدم جوازها
في الثمن والمبيع ثم المراد بقولهم ان الزيادة في

الدين

اي لا يسقط شي من دينه بخلاف ما لو [illegible] فتر[illegible] المرتهن

[illegible]

الدين لا تصح لان لا يكون رهنا بالزيادة كما انه رهنا
باصل الدين واما نفس زيادة الدين على الدين
فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء
الدين الاول جايز اجماعا وان رهن عبدا يعدل الفا
بالف ودفع مكانه عبدا يعدلها اي الالف فالاول رهن
فان قبل الزيادة يصير مستوفيا لدينه فالعبد
الاول رهن كما كان حتى يرد المرتهن الى راهنه والمرتهن
امين في العبد الثاني حتى يجعله مكان الاول يرد
الاول على الراهن فحينئذ يصير الثاني مضمونا لان
الاول دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا
يخرج عن الضمان الا بنقض القبض مادام الدين باقيا واذا
بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا
بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل
الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض وقيل
لا يشترط كما في الهداية وغيرها كذا في الخانية
وعن رهن عند انسان عبدا بالف درهم ثم جا الراهن
بجارية وقال خذها مكان العبد يصح ذلك اذا قبض
انتهى فيفهم من هذا انه اذا قبض الرهن الثاني خرج
الاول من ان يكون رهنا ورد الاول على الراهن او لم
يرد ولو ابرا المرتهن الراهن عن الدين او وهبه اي
الدين منه اي من الراهن فهلك الرهن في يد المرتهن
هلك بلا شي استحسانا وقال زفر يضمن قيمة الرهن
وهو القياس لان القبض وقع مضمونا فيبقى الضمان
ما بقي القبض ولنا ان ضمان الرهن باعتبار القبض
والدين لانه ضمان الاستيفا وذا لا يتحقق الا باعتبار

الدين وبالابرا لم يبق احدهما فهو الدين والحكم
الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما
ولهذا لو رد الرهن يسقط الضمان لعدم القبض
ولو بقي الدين وكذا اذا ابرا عن الدين يسقط
الضمان لعدم الدين وان بقي القبض فاما اذا احدث
المرتهن بعد البراة منعا ثم تلف في يده ضمن قيمته
لان حق المنع لم يبق فصار مانعا غاصبا فيضمن
القيمة وكذا لو ارتهنت المراة رهنا بالصداق وابراته
ووهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول
او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها
يهلك بغير شي في هذا كله ولم يضمن شيا لسقوط
الدين كما في الابرا ولو قبض المرتهن دينه او بعضه
منه اي من الراهن او من غيره كالمتطوع او شرى به
اي بالدين عينا منه او صالح عنه اي عن الدين على
شي او احتال به اي احاله الراهن مرتهنه بدينه
على اخر ثم هلك الرهن في يد المرتهن قبل رده الى
الراهن هلك بالدين لان نفس الدين لا تسقط
بالاستيفا ونحوه لما تقرر في موضعه ان الديون تقضى
بامثالها لا باعيانها لكن الاستيفا يتعذر لعدم الفايدة
لانه يعقب مطالبة مثله فيفضي الى الدور فاذا هلك
الرهن تقرر الاستيفا الاول فانتقض الاستيفاء
الثاني لئلا يتكرر الاستيفا ويرد ما قبض الى من
قبض منه هذا في صورة ايفا الراهن او المتطوع
او الشرا او الصلح وتبطل الحوالة ويهلك الرهن بالدين
او بالحوالة لا تسقط الدين ولكن ذمة المحتال

عليه

عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولذا يعود الى ذمة المحيل
اذا مات المحتال عليه مفلسا وكذا اي كما يهلك الرهن
بالدين في الصورة المذكورة يهلك ايضا لو تصادقا
على عدم الدين ثم هلك الرهن هلك بالدين لان
الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود
كما في الدين الموعود وقد بقيت الجهة لاحتمال ان
يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على عدم
الدين بخلاف الابرا لان الابرا اسقط الدين
اصلا وبالاستيفا لا يسقط الدين بل يثبت لكل واحد
منهما على الاخر فيتعذر الاستيفا لما مر من عدم
الفايدة وفي الكافي اذا تصادقا على ان لا دين بقي
ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن
لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب
الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن فصار مستوفيا فاما
اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قايم ثم هلك الرهن
فانه هناك يهلك امانة لانه بتصادقهما ينتفي الدين
من الاصل فضمان الرهن لا يبقى به دون الدين
وذكر شيخ الاسلام الاسبيجابي ايضا اذا تصادقا قبل
الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب
انه لا يهلك مضمونا وفي التنوير كل حكم عرف في الرهن
الصحيح فهو الحكم في الرهن الفاسد فكل موضع كان
الرهن مالا والمقابل به مضمونا الا انه فقد بعض شرايط
الجواز ينعقد الرهن بصفة الفساد وفي كل موضع لم يكن
كذلك لا ينعقد الرهن اصلا فاذا هلك هلك
بغير شي وتمامه في المنح فليطالع كتاب

الجنايات اورد الجنايات عقيب الرهن لان الرهن
لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الانفس والاموال
المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات
لان الوسائل تتقدم على المقاصد كما في اكثر الشروح وقال
في غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع
بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة نهى الشرع
للانسان فعله انتهى واورد عليه ان هذا التعليل ليس
بشي لان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو
احكام الجنايات دون انفسها ولا شك ان احكامها
مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة فلا وجه لتاخيرها
من هذه الحيثية ويمكن الجواب عنه بان كلا من الرهن
والجناية من افعال المكلفين ويبحث في كل منهما عما يتعلق
بفعل المكلف من الاحكام الخمسة ولا شك في جواز
الرهن وحظر الجناية ويكفي هذا القدر في تقديمه عليها
كما لا يخفى والجناية في اللغة اسم لما يجتنيه المرء من شر
تسمية للمفعول بالمصدر من جنى عليه جناية ثم خص
في العرف بما يحرم من الفعل سواء كان في نفس او مال
وفي عرف الفقهاء بما حرم فعله في نفس او طرف فالاول
يسمى قتلا وانواعه خمسة عمد وشبه عمد وخطا
وما اجري مجرى الخطا والقتل بسبب كما سياتي تفصيله
والثاني يسمى جناية فيما دون النفس وشرع القصاص
لما فيه من معنى الحياة شرعا كما قال تعالى ولكم في
القصاص حياة والفرق بين هذه الاية وبين قول العرب
القتل انفى للقتل بلاغة وفصاحة مبين في كتب البيان
بما لا مزيد عليه ثم شرع في بيان احكام القتل فقال

القتل

القتل اما عمد موجب للضمان احتراز عن كون قتل قطاع
الطريق والحربي والمرتد وهو ان يقصد ضربه اي ضرب
القاتل المكلف ما يحرم ضربه كما هو المتبادر بما يفرق
الاجزاء من سلاح اعد للحرب او محدد من حجر او خشب
او ليطة او حرقة بنار اقول انما شرط في الالة ما ذكر لان
العمد هو القصد من اعمال القلب لا يوقف عليه
الا بدليله وهو استعمال ما ذكر من الالات فاقيم
الدليل مقام المدلول هذا عند الامام وعندهما وفاقا
للشافعي بما يقتل غالبا حتى لو ضرب بحجر عظيم او خشبة
عظيمة فهو عمد وقوله او ليطة بكسر اللام قشر القصب
والاحراق بالنار من القتل العمد الموجب للقصاص لان
النار من المفرقات للاجزاء كما في الاختيار وقال في
الكفاية الا ترى انها تعمل عمل الحديد حتى انها اي النار
اذا وضعت في المذبح فقطعت ما يجب قطعه في الزكاة
وسال بها الدم حلت ان جمد ولم يسل الدم لا يحل انتهى
وفي الخانية ان الجرح لا يشترط في الحديد وما يشبهه
كالنحاس وغيره في ظاهر الرواية انتهى وفي الخلاصة
رجل ضرب رجلا بمحدد فقتله قال ان اصابته الحديدة قتل
به عند الكل فان اصابه بظهره ولم يجرحه فعند هما
لا شك انه يجب القصاص وكذا عند الامام في ظاهر
الرواية وفي رواية الطحاوي عنه انه لا يجب ففي هذه
الرواية يعتبر الجرح سواء كان حديدا او عودا او حجرا
بعد ان يكون الة يقصد بها الجرح وقال الصدر الشهيد
والاصح ان المعتبر عنده الجرح وسنجات الميزان من الحديد
وقال رجل احمى تنورا فرمى فيه انسانا والقاه في نار

لايستطيع الخروج منها عليه القصاص بمنزلة السلاح وكذا ما
ما يثبت عادة كالسلاح في حكم الذكاة حتى لو توقدت النار
على المذبح وانقطع لايحل أكله انتهى لكن قال في البزازية ان
النار تعمل في الحيوان عمل الذكاة حتى لو قذف النار في
المذبح فاحترق العروق يؤكل انتهى وهذا موافق لما قدمناه عن
الكفاية ويحمل على ما اذا اسال بها الدم وبه يحصل التوفيق
بين كلام صاحب الخلاصة والبزازية وموجبه اي القتل العمد
الاثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم وفي
الحديث سباب المسلم فسوق وقتاله كفر وقال عليه السلام لزوال
الدنيا اهون على الله تعالى من قتل امرء مسلم وعليه
انعقد الاجماع والقصاص عينا نصب على الحال من القصاص
اي حال كونه متعينا خلافا للشافعي فانه قال لايتعين
القصاص بل الولي مخير بينه وبين اخذ الدية لقوله عليه
السلام من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما ان
يقتل واما ان يودي ولنا قوله تعالى كتب عليكم القصاص
في القتلى الاية وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس
بالنفس والمراد به القتل العمد وما اورده من الحديث نفي
تقدير صحته لايجوز به الزيادة على النص لانه نسخ والى
ذلك اشار ابن عباس رضي الله عنه بقوله العمد قود لامال
فيه ولان المال لايصلح موجبا لعدم المماثلة بينه وبين
الادمي صورة ومعنى والادمي خلق مكرما لقوله تعالى
ولقد كرمنا بني ادم ليشتغل بالطاعات والعبادات ~
والمال خلق لاقامة مصالحه ومبتذلا في حوائجه فلا يصلح
جابرا وافيا بمقامه الا ان الصلح على مال يجوز بالتراضي
سواء كان باقل من الدية او اكثر منها الا ان يعفو على

صيغة

صيغة المجهول اي الا ان يعفو الولي القصاص او يصالحه
على شي من ماله كما مر انفا والعفو افضل ولا كفارة فيه
لانها فيها كانت دائرا بين الحظر والاباحة والقتل كبيرة
محضة لايليق ان تكون الكفارة ساترة له لوجود معنى
العبادة فيها ولقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا
كفارة فيهن منها قتل نفس بعمد وعند الشافعي وعليه
الكفارة كما في الخطأ بواسطة حق الله تعالى في العمد واما شبه
عمد وهو ضربه اي القاتل قصدا اعني ما ذكر في العمد مما
لايفرق الاجزاء كالسوط مطلقا والحجر ايضا ان كانا غير
محددين كالسوط والعصا هذا عند الامام خلافا لهما
في التقييد العظيم على ما مر في القتل العمد لان شبه العمد
عندهما ضرب القاتل بالة لايقتل مثلها غالبا كالعصا
والحجر الصغير والسوط واليد وموجبه اي شبه العمد الاثم
لقصده ما هو محرم شرعا ولقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا
متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان قيل ان المدعى عام
للمؤمن والذمي والدليل خاص بالمؤمن قلنا ان موجبه في المؤمن
ثبت بعبارة النص وفي الذمي بدلالته لتحقق المساواة
في العصمة لا يقال ان الاية دليل للمعتزلة على خلود مرتكب
الكبيرة في النار لانا نقول انه محمول على المستحل او يراد بالخلود
طول المكث او يراد بها الوعيد الشديد تنبيها على عظم
تلك الجناية والكفارة على القاتل لانه خطأ نظرا الى الالة
فيدخل في قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الاية والدية
المغلظة على العاقلة والناصرة للقاتل اما وجوبها
فلقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط
والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الابل الحديث
واما كون الوجوب على العاقلة فلانه خطأ من وجه

فيكون معذورا فيتحقق التخفيف لذلك ولانها تجب
بنفس القتل فتجب على العاقلة كما في الخطأ وتجب في
ثلاث سنين والمروي عنه كالمروي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم لانه مما لا يعرف بالرأي لا القود عطف
على الدية اي لا يجب فيه قود لشبهه بالخطأ وهو اي شبه
العمد فيما دون النفس من الاطراف عمد باعتبار الضرب
والاتلاف جميعا يعني اذا جرح عضوا بآلة جارحة
وجب فيه القصاص ان كان مما يراعى فيه المماثلة وليس
فيما دون النفس شبه العمد كما كان في النفس لان اتلاف
النفس يختلف باختلاف الآلة وما دون النفس ليس
كذلك لما روي عن انس بن مالك ان عمته الربيع لطمت
جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا منهم العفو فابوا والارش
فابوا الا القصاص فاختصموا الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فامر بالقصاص فقال انس بن نضر أتكسر
ثنية الربيع والذي بعثك بالحق نبيا لا تكسر ثنيتها
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا انس كتاب الله
القصاص فرضي القوم وعفوا وطلبوا الارش فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من عباد الله من لو
اقسم على الله لابره ووجه دلالته على ما نحن فيه ان
اللطمة لو كانت على النفس لا توجب القصاص وراعاها
فيما دون النفس قودا وجعله بحكمه عليه السلام ان
ما كان في النفس شبه عمد فهو عمد فيما دونها ولا يتصور
ان يكون فيه شبه عمد وهو اي الخطأ قسمان اما خطأ
كما في التبيين واما خطأ عطف على قوله اما عمد
او شبه عمد وهو اي الخطأ قسمان اما خطأ في القصد
بان يرمي شخصا ظنه صيدا او حربيا فاذا هو آدمي معصوم
الدم

الدم وانما سمي خطأ في القصد اي في الظن حيث ظن الآدمي
صيدا والمسلم حربيا واما الخطأ في الفعل فقد بينه بقوله
او في الفعل بان يرمي غرضا فيصيب آدميا فانه اخطأ في
الفعل لا القصد فيكون معذورا لا احتمال في المحل بخلاف
ما لو تعمد ضرب موضع من جسده فاصاب موضعا منه آخر
فانه يجب القصاص اذ جميع البدن كمحل واحد فيما
يرجع الى مقصوده فلا يعذر بخلاف ما اذا اراد يد رجل
فاصاب عنق غيره وابانه فهو خطأ كما في العناية اما لو اراد
ان يضرب يد رجل بالسيف فاخطأ فاصاب في عنقه فابان
رأسه فهو عمد وفي المنح قال في البدائع والخطأ قد يكون
في نفس الفعل وقد يكون في ظن الفاعل اما الاول فنحو ان
يقصد صيدا فيصيب آدميا وان يقصد رجلا فيصيب
غيره وان قصد عضوا من رجل فاصاب عضوا آخر
منه فهذا عمد وليس بخطأ واما الثاني فنحو ان يرمي
الى انسان على ظن انه حربي او مرتد فاذا هو مسلم
انتهى واما ما اجري مجرى الخطأ كنائم انقلب على غيره
فقتله فحكمه حكم الخطأ وليس بخطأ حقيقة لعدم قصد
النائم الى شيء حتى يصير مخطئا لمقصوده ولما وجد فعله
حقيقة وجب عليه ما اتلفه كفعل الطفل فجعل كالخاطئ
لانه معذور كالمخطئ وموجبهما اي الخطأ مطلقا وما اجري
مجراه الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير
رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وقد قضى به عمر
رضي الله عنه في ثلاث سنين بمحضر من الصحابة فصار
اجماعا واما قتل بسبب اي بكونه سببا للقتل وهو ان
القتل سبب نحو ان يحفر بئرا او يضع حجرا في غير ملكه بلا اذن

من له الاذن وهو قيد للمتعاطفين فيملك به انسان نبه
بقوله في غير ملكه علي انه لو فعله في ملكه لا يضمن ما تلف
به لانه ماذون في فعله فلم يكن متعديا فيجوز ما ينبغي ان
يعلم انه اذا مشي الهالك عليه بعد علمه بالحفر فانه لا يلزم
علي الحافر شي وموجبهما اي كل واحد من الحفر ووضع الحجر
الدية علي العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه بالحفر
ووضع الحجر فجعل كالمباشر للقتل فيجب فيه الدية صيانة
للانفس فيكون علي العاقلة لان القتل بهذا الطريق
دون القتل بالخطا فيكون معذورا فيجب علي العاقلة
تخفيفا عنه لا في الخطا بل اولي لعدم القتل منه مباشرة ولهذا
قال لا يجب الكفارة فيه وفي الجنين وفيه ذنب الحفر والوضع
في غير ملكه دون ذنب القتل فانه لو اثم فيه معناه
لا اثم فيه اثم القتل دون اثم الحفر والوضع وكلها اي ما
ذكر من انواع القتل كالعمد وشبهه والخطا توجب حرمان
الارث الا هذا اي الا القتل بسبب فانه لا يوجب حرمان
الارث كما لا يوجب الكفارة وقال الشافعي هو ملحق
بالخطا في الاحكام

باب ما يوجب القصاص

وما لا يوجبه لما فرغ من بيان اقسام القتل وكان من
جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه
احتاج الي تفصيل ذكره في باب علي حدة فقال يجب القصاص
بقتل من هو محقون الدم علي التابيد قوله علي التابيد
صفة لموصوف محذوف تقديره محقونا واحترز به علي
المستامن فان في قتله شبهة الاباحة لعوده الي دار الحرب فلا
يكون محقون الدم علي التابيد وقوله عمدا قيد للقتل
اي قتل عمد فهو منصوب علي انه مفعول مطلق لبيان

النوع

النوع والمحترز به عن القتل الغير العمد لا يجب فيه القصاص
فيقتل الحر بالحر لكمال المماثلة ويقتل بالعبد لقوله
تعالي وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالي
كتب عليكم القصاص في القتلي الاية ولقوله عليه السلام
العمد قود ولان القود يعتمد علي المساواة في العصمة
وهي اما بالدين او الدار ولان التخصيص بالذكر في قوله
تعالي الحر بالحر والعبد بالعبد لا ينفي ما عداه مع ان اللام
لتعريف العهد لا لتعريف الجنس علي ما قاله ابن عباس
رضي الله عنه في سبب نزول هذه الاية وعند الشافعي
لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالي الحر بالحر والعبد بالعبد
علي العهد كما روي عن ابن عباس رضي الله عنه في سبب
النزول يحسم مادة الاستدلال لانهما اي الدليلان مبني
استدلال الشافعي علي حمل اللام للجنس وليس كذلك والمسلم
بالذمي لعمومات الكتاب والسنة ولما روي انه عليه السلام
قتل مسلما بذمي وانما اعطوا الجزية لتكون اموالهم كاموالنا
ودماوهم كدمائنا خلافا للشافعي لقوله عليه السلام
لا يقتل مومن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية
وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ان المساواة في
العصمة ثابتة نظرا الي التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب
دون المسالم والقتل بمثله يوذن بانتفا الشبهة والمراد
بما رواه الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف
للمغايرة كما في الهداية ولا يقتلان اي المسلم والذمي
بمستامن لانه غير معصوم الدم علي التابيد كما مر
بل يقتل المستامن بمثله للمساواة بينهما وهو القياس
وفي الاستحسان ان لا يقتل لقيام مبيح القتل فيه وفي

الخ وينبغي ان يقول على الاحسان لتصريحهم بان العمل على
الاستحسان الا في مسايل مضبوطة نعمل فيها بالقياس
ليست هذه المسئلة منها وقد اقتصر عليه الاخسروي في
مختصره على القياس انتهى ويقتل الذكر بالانثى وفي النهاية
وذكر صاحب الكشاف في تفسير قوله تعالى والانثى بالانثى
قال مالك والشافعي لا يقتل الذكر بالانثى لكن هذا مخالف
لعامة كتب الشافعي ومالك ويقتل العاقل بالمجنون لا بعكسه
ويقتل البالغ بغيره اي بغير البالغ لا بعكسه ايضا ويقتل
الصحيح بغيره اي بغير الصحيح كالاعمى والزمن ويقتل
كامل الاطراف بناقصها اي بناقص الاطراف للعمومات
المذكورة ويقتل الفرع باصله وان علا لعدم المسقط
لا يقتل الاصل بفرعه لقوله عليه السلام لا يقاد
الوالد بولده فالوالد لا يقتل ولا الجد من قبل الاب والام
وان علا والوالدة والجدة من طرف الاب والام وان علت
وهو باطلاقه حجة على مالك في قوله يقاد اذا ذبحه
ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه
ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا
او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه
الوارث كما في الهداية بل يجب الدية في مال الاب
القاتل ابنه عمدا والعاقلة لا تعقل العمد في ثلاث سنين
وقال الشافعي تجب في الحال لان التاجيل للتخفيف
في حق الخاطي وهذا لعامد فلا يستحقه ولنا ان المال ليس
بمماثل للنفس فكان القياس ان لا يكون بدلا عنها
الا ان الشرع ورد به موجلا فلا يعدل عنه ولا يقتل
السيد بعبده او مدبره او مكاتبه لانه لو وجب

القصاص

القصاص لوجب له عليه ولو قتله غيره ولا يجوز ان يجب له على
نفسه قصاص وعبد ولده اي لا يقتل الوالد بقتله عبد
ولده لان الولد لا يستوجب القصاص على الاب وعبد
بعضه له اي ولا يقتل المولى بقتل عبد بعضه له وبعضه
لاخر لان القصاص لا يتجزى فاذا سقط في البعض سقط
في الكل او ورث قصاصا على ابيه بان قتل الاب ام
ابنه او قتل الاب اخا امراته ثم ماتت امراته قبل ان
تقتص منه فان ابنها منه يرث القصاص الذي لها على
ابيه سقط القصاص لحرمة الابوة ولا قصاص على
شريك الاب او المولى او شريك المخطي او شريك الصبي
او شريك المجنون وشريك كل من لا يجب القصاص
بقتله كشريك الجد والام وعن هذا علم من انه اذا اسقط
في البعض لاجل انه ملك البعض سقط في الكل لعدم
التجزي وان قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يحضر الراهن
والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يلي القصاص والراهن
لو تولاه يبطل حق المرتهن في الرهن فشرط اجتماعهما
ليسقط حق المرتهن برضاه وقيل لا يثبت القصاص
لهما وان اجتمعا وقيد باجتماعهما حتى لو اختلفا فالهما
القيمة تكون رهنا مكانه وان قتل مكاتب عن وفا وله
اي للمكاتب وارث مع سيده فلا قصاص لان الصحابة
رضي الله عنهم اختلفوا في موته حرا او رقا فعلى الاول الولي
هو الوارث وعلى الثاني المولى فاشتبه من له حق القصاص
فارتفع فان لم يترك له وفا تقتص سيده اجماعا سوا
كان مع السيد وارث اولا لانه مات عبدا بلا ريب
لا تنفسخ الكتابة بموته عاجزا فيقتص للولي وكذا يقتص

المولى ان كان له وفا لا وارث له غير سيده اي المكاتب عند
الشيخين لان حق الاستيفا للمولى يتعين لانعدام الوارث
وتقدم السبب لا يقتضي تعدد الحكم ولا يودي الى المنازعة
لاتحاد الحكم للمولى خلافا لمحمد فان عنده لا يقتص المولى لانه
لا يستوفي لاشتباه سبب الاستيفا فهو الولا ان مات حرا
او الملك ان مات عبدا ولا قصاص الا بالسيف سوا قتله
به او بغيره لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد
به السلاح وقوله عليه السلام لا تعذبوا عباد الله وقال
الشافعي يفعل بالقاتل مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا
فان مات فيها والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على
المساواة والفعل المشروع كالرجم وهو في الجملة مشروع
وغير مشروع كوطي الصغيرة واللواطة بالصغير او ايجار
الخمر حتى قتله اختلف اصحاب الشافعي فيه قال
بعضهم تحز رقبته ولا يفعل به مثله واما القتل بحجر
مشروع في الرجم فجاز ان يقتل به وقال بعضهم يتخذ له
مثل آلته من الخشب ويفعل به مثل ما فعل وفي الخمر يوجر
الماء حتى يموت ولابي المعتوه ان يقتص من قاطع يده
اي المعتوه وقاتل قريبه يعني اذا قطع رجل يد المعتوه
عمدا او قتل قريبه كولده فولي المعتوه يعني اباه يقتص
من جانب المعتوه لانه من الولاية على النفس شرع لامر
راجع الى النفس وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وان
يصالح اي لابي المعتوه ان يصالح القاطع على مال قدر
الدية او اكثر لانه انظر في حق المعتوه ولو صالح على اقل
منه لا يجوز فتجب دية كاملة لا ان يعفو اي ليس له
ولاية العفو لانه ابطال لحقه بلا عوض والصبي كالمعتوه

لان كل

لان كل ما ثبت من الاحكام المذكورة لابي المعتوه يثبت لابي
الصبي والقاضي كالاب في الصحيح عند عدم الاب في
الاحكام المذكورة لانه نايب من السلطان والسلطان
يقتص من قاتل القتيل الذي لا ولي له فكذا نايبه
وقوله في الصحيح احتراز عما روي عن محمد ان القاضي لا
يستوفي القصاص للصغير لا في النفس ولا فيما دون
النفس وله ان يصالح كذا في الخانية وفي النهاية قال
ابو يوسف ليس للسلطان ان يقتص اذا كان المقتول
من اهل دار الاسلام لا اللقيط كما ليس له ان يعفو بغير
مال لان الحق للمسلمين وقلنا للسلطان ولنايبه ولاية
عامة فيلي الاستيفا وكذا الوصي اي هو كالاب في جميع
ذلك الا انه لا يقتص في النفس لانه ليس له ولاية على
نفسه حتى لا يملك تزويجه ويدخل تحت هذه الاطلاق
الصلح عن النفس واستيفا القصاص في الطرف لانه لم
يستثن الا القود في النفس وفي كتاب الصلح ان الوصي
لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه
فينزل منزلة الاستيفا ووجه المذكور هنا ان المقصود
من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب
بخلاف القصاص لان المقصود منه التشفي وهو مختص
بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من
الابطال فهو اولى قالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفا
في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو
التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال كذا
في الهداية ومن قتل وله اولياء كبار وصغار فللكبار ان

المقتول بنون صغار وكبار فللكبار الاقتصاص من قاتله
قبل كبر الصغار عند الامام لانه حق ثابت لكل منهم على الكمال
فيجوز على الانفراد واحتمال العفو من الصغير منقطع
كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو
من الغايب ثابت خلافا لهما لان الحق مشترك بينهم فلا
ينفرد بعضهم باستيفايه وبه قال الشافعي واحمد في رواية
ولو غاب احد الكبار ينتظر حضوره اجماعا لما بينا من
احتمال العفو من الكبير الغايب ومن قتل بحديدة المر
اقتص منه ان جرحه لانه سبب ظاهر للجرح وان قتل
بظهره اي بظهر المر او عصاة فلا يقتص لكونه غير
جارح وعليه الدية عند الامام وعندهما يقتص وهو
رواية عن الامام اعتبارا منه للالة وهو الحديد وعنه
انما يجب اذا جرح وهو الاصح وعلى هذا الضرب بسنجات
الميزان كما في الهداية وكذا الخلاف في كل مثقل اذا كان
مما لا يطيقه الانسان وفي التغريق اي تغريق الاجزاء
والخنق يعني لا يقتص عند ابي حنيفة خلافا لهما
لوجود القتل بغير حق وهو مذهب الشافعي وله ان
القصاص يتعلق بالعمد المحض وهو ان يقتل بالجارح
يعمل في نقض البنية ظاهرا وباطنا ولم يوجد العمود
يستوفي بالسيف وشبه جرح الظاهر والباطن فلا
يماثله وكذا لا يقتص في القتل بتغريق اذا كان
الما كثيرا بحيث لا يمكنه النجاة بالسباحة كما بجر خلافا
لهما وهو قول الشافعي فعنده يغرق اما ان كثيرا
يمكنه النجاة بالسباحة فهو شبه العمد عندنا وان كان
قليلا لا يقتل به غالبا فلا يقتص فيه بالاتفاق

كما في

كما في شرح الوقاية لابن الشيخ وفي للنخ وان سبح ساعة
فلا دية فيه وان القاه من سطح او جبل او بير و يرجى
نجاته غالبا فهو خطا العمد فلا قصاص فيه بلا خلاف ولو اوجره
سما كرها او ناوله واكرهه على شربه فلا قود فيه والدية
على عاقلته ومثل هو على الخلاف المعروف اذا كان السم
مقدار ما يقتل غالبا وان كان لو ناوله فشربه من غير اكراه فلا
قصاص فيه ولا دية علم الشارب به او لم يعلم ولو ادخله
بيتا فمات فيه جوعا لم يضمن شيئا عند الامام وعندهما
يجب الدية ولو دفعه الى فنات يقاديه وان تكرر القتل
بالمثقل والتغريق والخنق منه اي من القاتل قتل به
اي بالقتل المكرر اجماعا لكن قال صاحب الاختيار وان
تكرر منه ذلك فللامام قتله سياسة لانه سعى في
الارض بالفساد ولا قصاص في القتل بموالاة ضرب
السوط وقال الشافعي فيه القصاص لان الموالاة في ضرب
السوط الى ان مات دليل العمدية فيتحقق موجب العمد
وهو القصاص ولنا ما روي الا ان قتيل خطا العمد قتيل
السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان هذه الالة
غير موضوعة للقتل ومن جرح اي عمدا فلم يزل ذا فراش
حتى مات اقتص من جارحه لوجود السبب وعدم ما
يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه كما في الهداية واذا
التقى الصفان من المسلمين واهل الحرب فقتل مسلم مسلما
ظنه حربيا فعليه الدية والكفارة لا القصاص لان
هذا احد نوعي الخطا والخطا بنوعيه لا يوجب القود
ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص
الكتاب ولما اختلف سيوف المسلمين على اليمان ابي

حذيفة قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية قالوا
انما تجب اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين
لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام
من كثر سواد قوم فهو منهم ومن مات بفعل نفسه
وزيد وحية واسد يعني من شج نفسه وشجه رجل
وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك فعلى زيد
ثلث ديته لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه
هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه جنس آخر لكونه
هدرا في الدنيا معتبرا في الآخرة حتى يأثم بها بالاتفاق
ولا يصلى عليه عند ابي يوسف ويغسل فقط وفعل
زيد معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة اجناس
ويوزع دية النفس اثلاثا فيكون التلف بفعل زيد
ثلثها فعليه ثلث الدية في ماله لانه عمد والعاقلة
لا تعقل عمدا يفهم من هذا الكلام ان يكون المقتول
عاقلا والا يلحق فعله بفعل الاسد والحية فيكون
فعله هدرا كفعلهما وكذا يفهم ان لا يتفاوت في جانب
الاسد والحية زيادة من وطئ فرسه حيث يكون
فعله هذه الثلاثة جنسا واحدا لكونه هدرا مطلقا
ايضا حتى لا ينتقص بانضمام الفرس اليهما عن الثلث
الواجب على زيد ومن شهر على المسلمين سيفا وجب
قتله لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا
فقد اطل دمه اي اهدره ولان دفع الضرر واجب فوجب
عليهم قتله اذا لم يمكن دفعه الا به ولا شيء بقتله لانه
باغ سقطت عصمته ببغيه فلم يلزم على القاتل قصاص
ولا دية ولا كفارة ولا يختلف بين ان يكون بالليل
او بالنهار

او بالنهار في مصر او غيره ولا شيء في قتل من شهر على احد
سلاحا ليلا او نهارا في مصر او غيره او شهر عليه عصا
ليلا في مصر او نهارا في غيره فقتله المشهور عليه لان
السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل فلا يختلف
الحكم فيه بالنهار او الليل او المصر او غيره هذا في السلاح
واما العصا فكالسلاح ان كان خارج المصر لا فرق فيه
بين الليل والنهار لانه لا يلحقه الغوث فكان له دفعه
بالقتل بخلاف ما اذا كان في المصر نهارا لان الدفع بالقتل
مشروط بان يكون بالليل اما اذا كانت العصا في المصر
نهارا فلا يجوز له الدفع بالقتل كما سيأتي في المتن ولا
شيء على من اي شخص قتل اي ذلك الشخص من اي شخصا
الذي سرق متاعه ليلا واخرجه ان لم يمكنه الاسترداد بدون
القتل لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح
له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وهذا
اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل كما في الهداية
وغيرها اما اذا امكن الاسترداد بدون القتل كالتهديد
والصياح وقتله مع ذلك يجب عليه القصاص لانه قتله
بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه اذا قتل الغاصب
حيث يجب عليه القصاص لانه يقدر على دفعه
بالاستعانة من المسلمين والحاكم فلا تسقط عصمته
بخلاف السارق المكابر لانه لا يندفع الا بالقتل كذا في الزيلعي
وبشرط الاخراج لانه لم يخرج المتاع لم يكن سارقا
والذي في اكثر الكتب انه اذا قصد الاخذ ولا يمكن
من دفعه الا بالقتل فلا شيء بقتله وعلى هذا لا فرق
بين القتل بعد الاخراج او قبل الاخراج حيث انه

في الصورتين ان امكن الدفع او الاسترداد بدون القتل
لا يقتل وان لم يمكن يجوز له القتل فلا فائدة يعتد
بها حاجة بتقييد الاخراج فما قتل ويجب القصاص على قاتل
من شهر عصى نهارا في مصر لانه يلبث فيمكن ان يلحقه
الغوث ويفرق بين العصى التي تلبث والتي لا تلبث
بالصغر والكبر وعندهما العصى التي لا تلبث مثل
السلاح في الحكم حيث لم يفرق فيها بين الليل والنهار
والمصر وغيره او شهر سيفا وضرب به ولم يقتل ورجع
عطف على قوله شهر عصى يعني يجب القصاص اذا
شهر رجل على رجل سلاحا فضرب به الشاهر ولم يقتله
وانصرف ثم ان المشهور عليه ضرب الشاهر فقتله
لعصمة دم الشاهر بالانصراف لان هدر دمه
كان باعتبار شهره وضربه فاذا انصرف عن ذلك عاد
الى ما كان عليه من العصمة فيقتص من قاتله لانه
قتل رجلا معصوم الدم ولو شهر مجنون او صبي على آخر
سيفا فقتله الآخر عمدا فعليه الدية في ماله ولو قتل
جملا صال عليه ضمن قيمته وعن ابي يوسف لا يجب الدية
في الصبي والمجنون ويجب الضمان في الدابة وقال الشافعي
لا يجب في الكل لانه قتله دفعا عن نفسه ولنا ان
الفعل من هؤلاء لا يتصف بالحرمة فلم يقع
بغيا فلا يسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح ولهذا
لا يجب القصاص على الصبي والمجنون بقتلهما ولا الضمان
بفعل الدابة واذا لم يسقط كان قضيته ان يجب القصاص
لانه قتل نفسا معصومة الا انه لا يجب القصاص
لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية في الآدمي

والقيمة

والقيمة في الدابة

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في
بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل هو
اي القصاص فيما دون النفس فيما يمكن فيه الضمير في فيه
يرجع الى ما وهي نكرة موصوفة عبارة عن فعل الجناية
حفظ المماثلة وكل ما امكن رعايتها فيه يجب القصاص
وما لا فلا اذا كان عمدا فيقتص بقطع اليد من المفصل
لا فيما اذا انقطع من نصف الساعد حيث لا يمكن
فيه رعاية المماثلة كما سيأتي وان وصلية كانت اكبر من
يد المقطوع لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وانما اعتبر
الكبر والصغر في شجة الرأس اذا استوعبت رأس المشجوج
وكان رأس الشاج اكبر من رأسه لعدم المماثلة بينهما اذ
المعتبر في ذلك هو الشين دون المنفعة بخلاف قطع
اليد فان الشين فيه لا يختلف ولهذا لم يخير بين
الاقتصاص واخذ الارش وكذا الرجل اذا قطعت من
المفصل للمماثلة لا من نصف الساق حيث لا يمكن المماثلة
ايضا كما سيأتي وكذا في مارن الانف وفي الاذن اذا
قطعا عمدا فيقتص من القاطع لا في قصبة الانف لعدم
امكان رعاية المماثلة وكذا يقتص في العين ان ذهب
ضوءها بضرب او غيره وهي قائمة اي والحال ان العين
قائمة وقوله بضرب او غيره اي بحيث لم تدمع اذا كانت
مفتوحة مقابلة للشمس او لم تقرب من الحية او نحو ذلك
مما يقبح من العين لئلا فيه قصاص بل حكومة عدل
والى انه اذا كان المجني عليه اكبر من عين الجاني او اصغر
فهو سواء لكن لا يقتص من العين اليمنى باليسرى

لو ذهب بياضه
ثم ابصر لم يكن عليه
شيء قالوا وهذا
اذا صار كما كان واما
اذا عاد دون ذلك ففيه
حكومة عدل والله اعلم

ولا بالعكس بل فيه الدية كما في الذخيرة وكذا اليدان والرجلان
وكذا اصبعهما ويؤخذ ابهام اليمنى بابهام اليمنى والسبابة
بالسبابة والوسطى بالوسطى ولا يؤخذ شيء من الاعضا
الا باليمنى ولا اليسرى الا باليسرى فالحاصل انه لا يؤخذ
شيء من الاعضا الا بمثله من القاطع ومن قطع يدا
ظفرها مسودا او لها جراحة لا يوجب نقصان دية
اليد يجب القصاص لا يقتص ان قلعت العين وذهب
نورها اذ رعاية المماثلة في القلع والامتناع عن ممكن
فيجعل على الوجه قطن رطب ويقابل العين بمرآة
محماة حتى يذهب ضوؤها فانما جعل هذا الوجه
لصيانة الوجه والعين الاخرى عن الضرر ويقتص
في كل شجة يراعى فيها المماثلة كالموضحة وهي ان يظهر
العظم كما سيأتي ولا قصاص في عظم سوى السن
لتعذر استيفا المثل لانه يحتمل الزيادة والنقصان
ولقوله عليه السلام لا قصاص في العظم وقال عمر
وابن مسعود لا قصاص في عظم الا في السن وهو
المراد بالحديث فان كان السن عظما فالاستثنا متصل
وان كان غير عظم فمنقطع وقد اختلف الاطبا في ذلك
فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو
بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم والى هذا اميل
المص فيقلع من الضارب ان قلع سن المضروب سواء
كان بينهما التفاوت في الصغر والكبر اذ لان منفعة السن
لا تختلف بهما ويبرد بالمبرد ان كسر الى ان يتساويا
لتحقق المماثلة في الكسر كما قال الله تعالى والسن
بالسن قيل لا تقلع بالقلع بل يبرد الى ان تنتهي الى

اللحم

اللحم ويسقط ما سواه ولا قصاص بين طرفي ذكر وانثى
وحر وعبد ولا في طرفي عبدين في القطع
ونحوهما لانعدام المماثلة في الاطراف فعندنا الاطراف
يسلك مسلك الاموال فيثبت التفاوت بينهما في
القيمة وعند الشافعي يجب القصاص في جميع ذلك
اعتبارا للاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولا في قطع
يد من نصف الساعد لما سلف من عدم امكان المماثلة
ولا قصاص في جائفة برئت والجائفة هي الطعنة التي
بلغت الجوف وانما قال برئت لان البرء فيها نادر فالظاهر
ان المثل يفضي الى الهلاك فلا يمكن رعاية المماثلة
بخلاف اذا لم يبرأ فانها اما سارية فيجب الاقتصاص
واما ان لا تسري بعد فينتظر الى ان يظهر الحال من البرء
او السراية ولا قصاص في قطع اللسان ولا في الذكر
عندنا حيث يجري فيهما الانقباض والانبساط فلا
يمكن المماثلة في الاستيفا الا ان قطعت الحشفة فقط
فح يقتص لانه موضع القطع معلوم فصار كالمفصل ولو
قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص عليه لان
البعض لا يعلم مقداره والشفة ان استقصاها
بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف
ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها وعن ابي يوسف
ان قطع من الاصل يقتص لامكان اعتبار المماثلة وطرف
المسلم والذمي سوا لتساويهما في الارش وخير
المجني عليه بين القصاص واخذ الارش لو كان يد
القاطع شلا او ناقصة الاصابع لتعذر استيفا حقه
كماله فيتخير بين ان يتجوز بدون حقه في القطع

وبين ان ياخذ الارش كاملا كمن اتلف مثليا لانسان
فانقطع عن ايدي الناس ولم يبق الا الردي فانه يخير
بين ان ياخذ الموجود ناقصا وبين ان ياخذ القيمة
ثم اذا استوفي القصاص حقه في الزيادة وقال الشافعي
يضمنه النقصان وتمامه في المنح فليطالع او كان راس
الشاج اصغر او اكبر بحيث لا تستوعب الشجة ما بين قرنيه
اي ما بين ناصية راسه وقد استوعبت الشجة ما بين
قرني المشجوج فقوله لا تستوعب اه قيد لكون راس
المشجوج اكبر فان الشجة لما كانت موجبة لكونها
مشينة فيتعذر الاستيفا كما اذا كان راس المشجوج
اكبر وراس الشاج اصغر لما فيه من زيادة الشين
فيتخير ان شا اخذ ارشها وان شا اقتص ويسقط حقه
في الزيادة واما الثاني وهو ما اذا كان راس الشاج
اكبر وراس المشجوج اصغر فان الشين يزداد بازدياد
الشجة فيزيد بالاستيفا على فعله وباستيفا قدر
حقه لا يلحق الشاج من الشين ما يلحق المشجوج
فلهذا قلنا بالخيار فصل لما كان سقوط
القصاص والصلح عنه بعد تحقق الجناية واحكاما تعتد
هذا الفصل لذلك لتميز مسايله عما سبق بيانه من
الجنايات باثر لعها فقال ويسقط القصاص بموت
القاتل لفوات المحل وبعفو الاوليا وبصلحهم على مال
وان قل لانه حقهم فيجوز تصرفهم فيه كيف شاؤا
ويجب المال المصالح عليه حالا لا منجما اذا صالح الاوليا
على مال عن قصاص وجب المال المصالح عليه قليلا
كان او كثيرا حالا وان لم يذكروا الحلول والتاجيل

سقط

لانه

لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول كالمهر
والثمن ومشروعية الصلح ثابتة بقوله تعالى فمن
عفي له من اخيه شي قال ابن عباس رضي الله عنه
نزلت هذه الاية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل
له قتيل فاهله بين خيرتين بين ان ياخذوا المال
وبين ان يقتلوا فالمراد اخذ المال برضي القاتل وهو
معنى الصلح ولانه حق ثابت للاوليا يجوز لهم التصرف
فيه باسقاطه مجانا وهو العفو وبعوض وهو معنى
الصلح بخلاف حد القذف لان الغالب فيه حق الله
فلا يجري فيه العفو فكذا التعويض وانما كان القليل
والكثير فيه سوا لانه ليس فيه شي مقدر شرعا فيفوض
الي رضاهما كالخلع وبدل الكتابة والاعتاق على مال
بخلاف ما اذا كان القتل خطا فانه لا يجوز الصلح باكثر
من الدية لانه دين ثابت في الذمة مقدر بقوله تعالى
ودية مسلمة الي اهله فيكون اخذ الاكثر منه ربا ويسقط
القصاص بصلح بعضهم اي الاوليا او عفوه اي البعض
لان كل واحد منهم يتمكن من التصرف في نصيبه استيفا
واسقاطا بالعفو او الصلح لانه تصرف في خالص حقه
ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط
حق الباقين فيه لانه لا يتجزي بخلاف ما لو قتل رجلين
فعفا اوليا احدهما حيث يكون لاوليا الاخر قتله
لان الواجب فيه قصاصان لاختلاف القتل والمقتول
فبسقوط احدهما لا يسقط الاخر ولمن بقي من الاوليا
حصته من الدية في ثلاث سنين على القاتل هو
الصحيح لان استيفا القصاص تعذر لمعنى في القاتل

وهو كونه خاطئا ولا صحة للعاقلة في اسقاط حقه وقيل على
العاقلة وهو والصحيح هو الاول لان القتل عمد
والعاقلة لا تتحمل العمد ولو قتل حر وعبد شخصا فامر الحر
وسيد العبد رجلا بالصلح عن دمهما بالف فصالح فهي نصفان
يعني اذا قتل حر وعبد رجلا عمدا لمن وجب عليهما الدم
فامر الحر ومولى العبد رجلا ان يصالح عن دمهما على الف
ففعل فالالف على الحر ومولى العبد نصفان لانه مقابل
بالقصاص وهو عليهما على السوا ولان الالف وجب
بالعقد وهو منهما في ايهما فيتنصف موجبه وهو الالف
ويقتل الجمع بالفرد والقياس ان لا يقتل لعدم المساواة
وترك القياس باجماع الصحابة رضي الله عنهم روي ان
سبعة من اهل صنعا قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضي الله عنه
وقال لو اجتمع عليه اهل صنعا لقتلتهم ولان زهوق
الروح لا يتجزى واشتراك الجماعة فيما لا يتجزى يوجب
التكامل في حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم
كملا كانه ليس معه غيره كولاية الانكاح في باب الانكاح
ثم اعلم انه لا بد في المتن من قيد ان يجرح كل واحد جرحا
مهلكا لان زهوق الروح يتحقق بالمساواة كما في تصحيح
القدوري للشيخ قاسم حتى اذا لم يجرح كل واحد جرحا مهلكا
لا يقتل قال الزاهدي في المجتبى انما يقتل جميعهم اذا
وجد من كل واحد منهم جرح يصلح لزهوق الروح فاما
اذا كانوا نظارة او مغرين او معينين بالامساك
والاخذ لا قصاص عليهم انتهى ويدل عليه قول الزيلعي
في تعليل وجوب قتل الجمع بالفرد لان زهوق الروح
لا يتجزى لوجوب التكامل في حق كل واحد منهم كانه

فيتقسم بدله عليهما على السوا م

واشتراك الجماعة فيما لا يتجزى م

ليس

ليس معه غيره انتهى ويقتل الفرد بالجمع اكتفاء ان حضر
اولياؤهم اي يكتفى بقتل الفرد حيث لا يجب الدية
عندنا خلافا للشافعي لانه يقتل بالاول ويجب المال
للباقين ان علم اول من قتل وان لم يعلم اول المقتولين
يقتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع فيقتل لمن
خرجت قرعته فيجب المال للباقين وان حضر احد
من الاولياء قتل اي لذلك الواحد الحاضر وسقط حق اولياء
البقية وهو القصاص عندنا لفوات المحل فصار كموت
العبد الجاني ولا تقطع يدان بيد وان امرا سكينا فقطعا
معا بل تضمنان ديتها يعني لا تقطع يدا رجلين بيد
رجل امرا سكينا فقطعاها معا بل يضمنان دية واحدة على
المناصفة عندنا لان كل واحد قاطع بعض اليد فلا مماثلة
لان الانقطاع حصل باعتماديهما على السكين عند
الامرار والمحل متجز فيضاف البعض الى كل واحد بخلاف
النفس لان زهوق الروح لا يتجزى وعند الشافعي يقطع
يداهما قياسا بالانفس لكون الطرف تابعا لها او زجرا
لهما وقيل عند الشافعي يقطع يد احدهما بالقرعة
وعلى الاخر الدية قيد لو وضع احدهما السكين
من جانب والاخر وضع السكين الاخر من جانب
وامرا حتى لقي السكينان لا يجب القصاص اتفاقا
لان كلا منهما قاطع للبعض فان قطع رجل يميني رجلين
سوا قطعهما معا او على التعاقب قبلهما قطع يمينه
ودية يد بينهما وهو نصف دية النفس فيقسم بينهما
نصفين ان حضرا معا لان المماثلة مرعية بالقيمة في
الاطراف وعند الشافعي يقطع بالاول في التعاقب

وللثاني الارش فيقرع بينهما في القران والقصاص لمن
خرجت قرعته وللآخر الارش وان حضر احدهما اي
احد المقطوعين وقطع القاطع عند حضوره فللآخر
الدية اي دية واحدة لان للحاضر ان يستوفي لثبوت
حقه وتردد حق الغائب بين ان لا يطلب او يعفو
مجانا او يصالح فاذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء
فتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقا ~
مستحقا وصح اقرار العبد بقتل العمد ويقتص به
عندنا لانه غير متهم فيه لانه مضر بالعبد فيقبل
قوله ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم
عملا بالآدمية سواء كان ماذونا او محجورا عليه
حتى لا يجوز اقرار المولى عليه بالحد والقصاص
وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالي به
خلافا لزفر اذ عنده لا يجوز اقراره لانه يؤدي
الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالقتل خطأ
او بالمال ومن رمى رجلا عمدا فنفذ الى آخر فماتا
فلنا ان نقتص للاول لانه عمد وعلى عاقلته الدية
للثاني لانه احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد
فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

فصل

ومن قطع يد رجل ثم قتله اخذ بهما مطلقا اي سواء
كانا عمدين او خطأين او مختلفين ان تخللهما برء
فيجب القطع والقتل في العمدين ودية ونصف
دية في الخطأين والقطع والدية اذا كان
القطع عمدا والقتل خطأ والقصاص ونصف
الدية في عكسه والاصل فيه ان الجمع بين

الجراحات

الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في
الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة
بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل
واحد حكم نفسه لتخلل البرء بينهما وهو قاطع للسراية
في العمدين والخطأين ولاختلاف حكم الفعلين وتخلل
البرء بينهما ايضا في المختلفين والا اي وان لم يتخلل
بينهما برء فان اختلفا عمدا وخطأ بان كان القطع
عمدا والقتل خطأ او بالعكس اخذ بهما ايضا فيجب
القطع والدية في الاول والقصاص ونصف الدية
في الثاني لتعذر الجمع لاختلاف الجنايتين لكون
احدهما عمدا والآخر خطأ لا يؤخذ بهما ان كانا خطأين
ولم يتخلل بينهما برء بل يكفي دية واحدة لنفي دية
القتل لان دية القطع انما تجب عند استحكام اثر
الفعل وهو ان يعلم عدم السراية وفي العمدين ~
اللذين لم يتخلل بينهما برء يؤخذ بهما فيجب القطع
والقتل عند الامام وعندهما لا يقطع بل يقتل
فقط فيدخل جزاء القطع فيدخل جزاء القطع في جزاء
القتل لان الجمع بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم
تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما
للاختلاف بين هذين الفعلين لانه للموجب
القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان
يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر
ولو ضربه مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من
من عشر وجب دية واحدة فقط عند الامام
لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان

وان بقيت معتبرة في حق التعزير للضارب فيبقى
الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها
اثر على مثل الامام وعن ابي يوسف في مثله حكومة عدل
وعن محمد انه يجب اجرة الطبيب وثمن الادوية كما في
الهداية والتبيين منه اي النظم وبماية سوط وبقي
الاثر اي اثر الجراح بعد البرء ولم يمت يجب حكومة عدل
عند الامام لبقاء الاثر لا يجب شيء عنده ومن قطعت
يده عمدا فعفى المقطوع عن القطع فمات منه اي من
القطع فعلى قاطعه الدية في ماله عند الامام لانه
عفا عن القطع وهو غير القتل فلما سرى تبين انه
القتل لا القطع فيجب ضمان القتل لان حقه فيه هذا في
القياس الا ان الدية وجبت استحسانا لان صورة
العفو مورثة للشبهة وعندهما هو اي عفو المقطوع
عفو عن النفس فلا يلزم على القاطع شيء اذ العفو
فلا يلزم على القاطع شيء اذ العفو عن القطع عفو عن
موجبه وهو احد الامرين هو القطع ان لم يسرا او
القتل ان سرا فان عفا المقطوع عن القطع وما
يحدث منه اي من القطوع او عفا عن الجناية عمدا فهو عفو
عن النفس اجماعا لكون الجناية صحيحة متناولا للسارية
والمقتصرة ثم مات من ذلك لا شيء عليه والعمد من كل
المال والخطا من ثلثه اي ثلث المال يعني ان كان القطع
عمدا فعفا عنه كان من كل المال لان موجبه قود
وهو ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو
عنه على الكمال وان كان خطا عفا عنه فهو عفو
عن الدية فيعتبر من ثلث المال لان الدية مال
وحق

وحق الورثة يتعلق بها والعفو وصية فيصح من الثلث
والشجة كالقطع اي العفو عن الشجة كالعفو عن القطع فاذا
عفا المشجوج عن الشجة فمات منها يضمن شاجه ارشه عند
الامام لان العفو مورث للشبهة فلا يضمن القتل وعندهما
لا يجب شيء اذ العفو عن الشجة عفو عن موجبه فهو عفو
عن النفس هو الارش ان لم يسر او القتل ان سرى ولو عفا
عن الشجة فهو عفو عن النفس وكذا لو عفا عن الشجة وما
يحدث منها فهو عفو عن النفس ولو عفا عن الشجة خطا فهو
عفو معتبر من الثلث فلو عفى عن الشجة عمدا فهو عفو مجانا
فان قطعت امراة يد رجل فتزوجها على موجب يده ثم مات
المقطوع يده فعليها مهر مثلها وعليها الدية في مالها ان
قطعت عمدا وعلى عاقلتها ان قطعت خطا هذا عند الامام
لان العفو عن اليد او القطع لا يكون تزوجا على ما يحدث
منه عنده ثم ان كان القطع عمدا كان تزوجا عن القصاص
في الطرف وليس بمال وتقديرا لا سيما فيفي تقدير السقوط
اولى فلا يصلح مهرا فيجب لها عليه مهر المثل فانه قد
سبق ان القصاص لا يجري بين الرجل والمراة في الطرف
فكيف يصح تزوجها عليه لجيب ان الواجب الاصلي للعمد
هو القصاص لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص وانما
سقط للتعذر ثم يجب عليها الدية لانه التزوج وان
تضمن العفو لكن عن القصاص في الطرف فاذا سرى تبين
انه قتل ولم يتناوله العفو فيجب الدية لعدم صحة العفو
عن النفس وهو في مالها لانه عمد والعاقلة لا تتحمل فاذا
وجبت له الدية وقد لها المهر تقاصا ان استويا وان فضلت
الدية ترده على الورثة وان فضل المهر ترده الورثة

عليها وان كان القطع خطأ يكون تزوجها على ارش اليد وان سرى
الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب
مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في يده ولا شيء فيها والدية
واجبة بنفس القتل لانه خطأ ولا تقع المقاصة لان الدية
على العاقلة قيل ينبغي ان تقع المقاصة على القول المختار
في الدية وهو عدم وجوبها على العاقلة بل على القاتل وان
تزوجها على اليد وما يحدث منها يعني السراية او على الجناية
ثم مات من ذلك القطع فعليه مهر المثل في العمد لان هذا
تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا كما لو
تزوجها على خمر او خنزير ويرفع عن العاقلة مقداره اي
مقدار مهر مثلها في الخطأ ان كان مهر المثل اقل من الدية
والباقي من الدية وصية لهم اي للعاقلة فان خرج الباقي
من الثلث سقط والا اي وان لم يخرج الباقي من الثلث
فقدر ما يخرج منه لانه تزوج على الدية وهي تصلح مهرا
لكن لا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه وان
كان مريضا مرض الموت فالتزوج من الحوائج الاصلية
ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية
والدية تجب على العاقلة وقد صارت مهرا فتسقط كلها
عنهم ان كان مهر مثلها مثل الدية او اكثر وكذا الحكم عندهما
في الصورة الاولى اي فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو
عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فما اتفق جوابهما في
الفصلين اي الخطأ والعمد ومن قطعت يده فمات بعد ما
اقتص له من القاطع قتل قاطعه يعني لو ان رجلا قطع
يد رجل فاقتص له بان قطع يده ثم مات المقطوع الاول منه
قبل المقطوع الثاني قتل المقطوع الثاني به وهو

القاتل

القاتل الاول قصاصا لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد
وحق القصاص للمقتص في القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط
القود واذا استوفى طرف من عليه القصاص عن ابي يوسف
انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابراه
عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه اي من
المقطوع الاول ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في
القود فلم يكن مبريا عنه بدون العلم به ومن قتل وليه عمدا
فقطع يد قاتله ثم عفا عن القتل فعليه اي على قاطع اليد
دية اليد عند الامام لانه استوفى غير حقه لان حقه في
القتل وهذا قطع وكان القياس ان يجب القصاص الا انه
سقط للشبهة واذا سقط وجب المال ومن قطعت يده فاقتص
من قاطعه بنفسه بلا حكم حاكم كما في الدرر فسرى القطع
الى نفسه فعليه اي على المقتص دية النفس عند الامام لانه
حقه في القطع لا في القتل فلما سرى كان قتلا لا قطعا فهذا
قتله بغير حق وما يتقيد بوصف السلامة هو من الواجبات
كالرمي الى الحربي وما نحن فيه ليس منه لان النفس مندوب لكن
لم يجب القصاص لانه رأيه بشبهة فانقلب اي الدية خلافا
لهما فيهما اي في هذه المسئلة والمسئلة التي قبلها اما في
الاولى فلان اقدامه على القطع دليل انه ابراه عن غيره
واما في هذه المسئلة فلانه استوفى حقه وهو القطع
فسقط حكم السراية فلا يتقيد بشرط السلامة لما فيه من
سد باب القصاص وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان
وكما لو قال اقطع يدي فقطعها ومات وفي النهاية وضمان
الصبي اذا مات من ضرب ابيه او وصيه تاديبا عليهما اي على
الاب والوصي عند الامام لضرب معلم مبيّنا او عبد بغير

يعني عندهما لا شيء عليه في المسئلتين كذا حرر

اذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه ع

اذن ابيه ومولاه وان كان الضرب باذنهما لا ضمان وكذا يضمن
زوج امراة ضربها تاديبا باب الشهادة
في القتل واعتبار حالته لما كانت الشهادة في القتل امرا متعلقا
بالقتل اوردها بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشي كان
ادنى درجة من ذلك الشي القود يثبت للورثة بطريق
الخلافة ابتدا لا بطريق الارث عند الامام لانه يثبت بعد
الموت والميت ليس اهلا لان يملك شيا الا ما له اليه حاجة
كالمال مثلا فيجهز ويقضي ديونه وتنفذ وصاياه من
ماله فطريق ثبوته الخلافة وعندهما بطريق الارث والفرق
بينهما ان الوراثة تستدعي سبق ملك المورث ثم الانتقال
منه الى الوارث والخلافة لا تستدعي ذلك فالمراد بالخلافة
ههنا ما ذكره صدر الشريعة ان يقوم شخص مقام غيره في
اقامة فعله ففي القتل اعتدى القاتل على المقتول بمثل
ما اعتدى عليه لكنه عاجز عن اقامته فالورثة قاموا مقامه
من غير ان يكون المقتول ملكه ثم انتقل منه الى الورثة
فلا يكون احدهم اي احد الورثة خصما عن البقية منهم اي في
اثبات فعل القصاص بعينه كالة فيهم فاذا اقيم القصاص
اقيم بجميعهم بخلاف المال لان الميت اهل لان يملك المال ولذا
لو نصب شبكة وتعلق به صيد بعد موته يملكه وعندهما
يثبت بطريق الوراثة فلو اقام احد ابنين حجة بقتل
ابيهما عمدا والاخر غايب لزم اعادتها اي اعادة الحجة بعد
عود الغايب ليتمكن من الاستيفا عند الامام وحاصله
انه ليس للحاضر ان يستوفي القصاص قبل عود الغايب
بل اذا اقام الحاضر البينة يحبس القاتل لانه صار متهما
بالقتل والمتهم يحبس فان عاد الغايب فليس لهما ان

يقتلاه

يقتلاه بتلك البينة بل لا بد لهما من اعادة البينة خلافا
لهما اي قالا لا يلزم اعادتها بعد عود الغايب بل يحبس
ايضا اذا اقام الحاضر البينة فاذا عاد الغايب فلهما ان
يقتلاه بتلك البينة وفي قتل الخطا والدين لا تلزم اعادة
البينة اذ احد الغايبين بعد اقامة الحاضر لان هذا لا يوجب
القود بل يوجب الدية فطريق ثبوته الوراثة اجماعا وحاصل
الكلام ان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما ادعى
ما للميت او عليه كما اذا ادعى احد الورثة شيا من تركة
الميت على احد واقام عليه بينة يثبت حق الجميع بلا حاجة الى
الدعوى والاثبات على الباقين ولو برهن القاتل على عفو
الوارث الغايب فالحاضر خصم عن الغايب ويسقط القود
اي لو اقام القاتل البينة على الوارث الحاضر ان الوارث
الغايب قد عفى ينتصب الحاضر عن الغايب فتقبل بينة
العفو عليه لانه يدعي على الحاضر سقوط حقه في القصاص
وانتقاله الى المال فاذا قضي عليه يصير الغايب مقضيا
عليه تبعا وتسقط القود عن القاتل لعدم التجزي وينقلب
الى الدية وكذا لو قتل عبد لرجلين واحدهما غايب فاقام
القاتل بينة على الحاضر ان شريكه الغايب قد عفا عنه ينتصب
الحاضر خصما وتسقط القود لما بين انفا فلو شهد وليا قصاص
بعفو اخيهما لغت تلك الشهادة يعني اذا كان اولياء المقتول
ثلاثة فشهد اثنان منهما على الثالث انه عفا فشهادتهما باطلة
لانهما يجران الى انفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا وهو
عفو منهما لانهما زعما ان القصاص قد سقط وزعمهما
معتبر في حق انفسهما فهذه المسيلة على اربعة اوجه ذكر
الاول بقوله فان صدقهما اي الوليين القاتل فقط وكذبهما

للمشهود عليه فالدية بينهم اثلاثا لانه بتصديقه اياهما اقر لهما
بثلثي الدية فيلزمه وادعى بطلان حق الشريك فلم يصدق
فتحول مالا ويغرم القاتل الدية اثلاثا وذكر الثالث بقوله وان قال الثالث
القاتل بعد ان كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو فلا شيء لهما
اي للوليين الشاهدين ولاخيهما ثلث الدية لانهما بشهادتهما
عليه بالعفو اقرا ببطلان حقهما في القصاص فصح اقرارهما
في حق نفسهما وادعيا انقلابه مالا فلا تصدق دعواهما
الا ببينة وللولي المشهود عليه ثلث الدية لان دعواهما
عليه العفو وهو ينكر فينقلب نصيبه مالا لان سقوط
القصاص مضاف اليهما وذكر الرابع بقوله وان صدقهما
اخوهما فقط دون القاتل غرم القاتل له اي للاخ ثلث
الدية يغرم القاتل ثلث الدية وهو نصيب الشريك ثم ياخذا
اي ياخذ المخبران الثلث منه اي من الشريك انه يخرج لتصديق
المخبرين فلا شيء له على القاتل ولهما على القاتل ثلث الدية
وما في يد الشريك وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من
جنس حقهما فينصرف اليهما لاقراره لهما بذلك كمن قال
لفلان علي الف درهم فقال المقر له ليس ذلك لي وانما هو
لفلان فان ذلك يصرف اليه فكذا هذا وهذا كله
استحسان والقياس ان لا يلزم القاتل شيء لان ما ادعاه
الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل
للمشهود عليه قد بطل باقراره بالعفو لكونه تكذيبا له
وجوابه ان القاتل بتكذيبه للشاهدين قد اقر للمشهود
عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص قد سقط بشهادتهما
كما ادعيا والمقر له ما كذب القاتل حقيقة بل اضاف
الوجوب الى غيره فتحول الواجب للشاهدين وفي مثله

لا يرتد

لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان علي كذا فقال المقر له ليس لي ولكنه
لفلان على ما بينا كما في التجنيس وان اختلف شاهدا القتل
في زمانه اي في زمان القتل او مكانه او في الته بان قال
احدهما قتله بعصي وقال الاخر قتله بالسيف او قال احدهما
من يوم بعصي وقال الاخر لا ادري بماذا قتله بطلت شهادتهما
لان القتل لا يتكرر فالقتل في زمان او مكان غير القتل في
زمان اخر ومكان اخر وكذا القتل بالة اخرى وتختلف
الاحكام باختلاف الالة فكان على كل قتل شهادة فرد فلم تقبل
ولان اتفاق الشاهدين شرط القبول ولم يوجد ولان القاضي
يتيقن كذب احدهما لاستحالة اجتماع ما ذكرناه اذا بين
احدهما الالة وقال الاخر لا ادري باي شيء قتله فلا تقبل شـ
شهادتهما ايضا لان المطلق يغاير المقيد لان المطلق يوجب المطلق
الدية في ماله والمقيد يوجب الدية على العاقلة فاختلف
حكمهما كالصورة الاولى فلا تقبل ولكن لو شهد احدهما
بالقتل معاينة والاخر على اقرار القاتل كانت باطلا لاختلاف
المشهود به فان احدهما فعل والاخر قول وقد تقرر في كتاب
الشهادة انه لا يجمع بينهما قول وفعل وكذا بطل الشهادة لو كمل
النصاب في كل واحد منهما بان شهد شاهدان انه قتله يوم
الجمعة واخران انه قتله يوم السبت او شهدا كذلك في
المكان لتيقن القاضي بكذب احد الفريقين وعدم الاولوية
بالقبول ولو حكم باحد الفريقين دون الاخر بطل الكامل منهما
لعدم التعارض كما في الشرح وان شهدا بالقتل وجهلا الالة
بان قالا لا ندري باي شيء قتله لزمت الدية استحسانا
والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان الفعل يختلف
باختلاف الالة فيجهل المشهود به ووجه الاستحسان انهم

شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو
الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود
عليه سترا عليه ومثل ذلك سائغ شرعا لان الشرع اجاز
الكذب في اصلاح ذات البين على ما ورد به الحديث ليس
بكذاب من اصلح بين اثنين وقال زفر اشهدا استثناء واحق منه
فيجعل عليه وانما وجبت الدية في ماله دون العاقلة لان
المطلق يحمل على الكامل فلا يثبت الخطأ بالشك ولو اقر كل واحد
من رجلين بقتل زيد وقال الولي قتلتماه جميعا فله
اي للولي قتلهما جميعا لان تكذيبه الولي في بعض ما اقر به
وهو الانفراد بالقتل لا يبطل الاقرار نفاذه كان فيه
التفسيق لانه فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار ولذا لو قال
الولي لاحدهما انت قتلته له ان يقتله دون الاخر ولو قال
الولي في صورة الاقرار صدقتما ليس له ان يقتل واحدا
منهما لانه كذبهما فصدقهما في دعوى الانفراد بالقتل فتصديقه
يوجب تكذيبهما الا انه قال لكل واحد منهما قتلته وحدك
ولم يشاركك فيه احد كما تقول فيكون مقرا بان الاخر لم
يقتله بخلاف الاولى وهو ما اذا قتلتماه لانه دعوى
القتل من غير تصديق فيقتلهما باقرارهما ولو اقر رجل
بانه قتله فقامت البينة على اخر انه قتله كلاهما كان — وقال الولي قتلته
للولي قتل المقر دون المشهود عليه ولو قال الولي لاحد
المقرين صدقت انت قتلته وحدك كان له ان يقتله كما اذا
قال ذلك لاحد المشهود عليهما شهدا على رجل بقتله خطأ
وحكم بالدية وجاء المشهود بقتله حيا ضمنت العاقلة
الولي او الشهود ورجع الشهود على الولي والعمد كالخطأ
الا في الرجوع ولو شهدا على اقراره او شهدا على

شهادة

شهادة غيرهما في الخطأ ثم قتلنا وضمن الولي الدية للعاقلة كما في
التنوير ولو شهد بقتل زيد عمرا وشهد اخران بقتل بكر
اياه وادعى الولي قتلهما لغتا اي الشهادتان لان تكذيب
الولي الشاهد في بعض ما شهد به وهو الانفراد في القتل
يبطل الشهادة اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق
الشاهد يمنع القبول والعبرة بحالة الرمي لان الرمي فعل
الرامي ولا فعل له بعد فوجب اعتبار حالة في حق الحل
والضمان عند ذلك لا الوصول اي لا تعتبر حالة الوصول
في تغير حال المرمي عند الامام فلو رمى مسلما عمدا فارتد
فوصل السهم اليه فمات تجب الدية عنده لان التضمين لو
المرتد لكونه معصوما وقت الرمي لا القصاص لانه ادرئ
بالشبهة فتجب الدية خلافا لهما اي لا شيء على الرامي لان
التلف حصل في محل غير معصوم فيكون هدرا ولان
المرمي اليه كان مبرئا بالارتداد عن موجبه كما اذا ابرأه
بعد الجرح قبل الموت ولو رمى مرتدا فاسلم قبل الوصول لا يجب
شيء اتفاقا وكذا اذا رمى حربيا ثم اسلم لان الرمي ما
انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا
بصيرورته متقوما بعد ذلك ولو رمى عبدا فاعتق فوصل
السهم اليه بعدما اعتق فعليه اي على الرامي قيمته عبدا
عند الشيخين لانه يصير قاتلا من وقت الرمي وقد صار به
هو مملوكا في تلك الحالة فتجب قيمته وعند محمد عليه فضل
ما بين قيمته مرميا وغير مرمي لان توجيه السهم عليه اوجب
اشرافه على الهلاك حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الفا وبعده
ثمانمائة يلزم الرامي مائتان وقال زفر تجب عليه الدية لان
الرمي يصير من غير تلف يتصل به وقد تلف به الحر وان رمى

يحرم صيد الحل من احرامه وان رماه حلال واحرم بعد الرمي
فوصل السهم اي الصيد فقتله فلا يجب الجزاء لان رميه وقع
حال كونه حلالا وان وصل اليه السهم بعد احرامه وان رمي من
قضي عليه برجم اي اذا قضي القاضي برجم رجل فرماه رجل فرجع
شهوده بعد الرمي فوصل بعد رجوع الشهود لا يضمن الرامي
لما ان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيه ولو رمي مسلم
صيدا فتمجس اي صار مجوسيا فوصل حل الصيد وفي العكس
يعني لو رمي مجوسي صيدا فاسلم فوصل يحرم لان المعتبر حالة
الرمي فهو الاصل في مسايل هذا الباب وذلك بالاتفاق –
وانما عدل ابو يوسف ومحمد عن ذلك فيما اذا رمي الي مسلم
فارتد والعياذ بالله تعالى في فعل الاصابة باعتبار انه صار
مبريا بالردة على ما بيناه في اول هذا الفصل كما في المنح

وجب الجزاء وان رماه
حلال فاحرم فوصل ح

كتاب الديات

وجه المناسبة في ذكر
الديات بعد الجنايات كون الدية احدي موجبي الجناية
المشروعين لنفسيا لكن لما كان القصاص اشد صيانة قدم
موجبه والديات جمع دية وهو مصدر ودي القاتل المقتول
اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس وفي حواشي
صدر الشريعة للمولى المرحوم اخي جلبي ثم قيل لذلك المال
دية تسمية بالمصدر وفاوها محذوفة كذا في المغرب الدية
المغلظة من الابل مائة ارباعا يعني ان الدية المغلظة في
شبه العمد تكون اربعة انواع بينه بقوله بنات مخاض وبنات
لبون وحقاق وجذاع قد سبق تفسيرها في كتاب الزكاة
من كل اي من كل واحدة منها خمس وعشرون فيكون جملتها
مائة هذا عند الشيخين وعند محمد وهو قول الشافعي ثلاثون
حقة وثلاثون جذعة واربعون ثنية قد سبق تفسيرها

في كتاب

في كتاب الزكاة خلفة اي كل الثنيات خلفات بفتح الخاء المعجمة
وكسر اللام وخلفات جمع خلفة وهي الحامل من النوق فيكون قوله
في بطونها اولادها صفة كاشفة وفي غاية البيان ان تغليظ
الدية مروي عن ابن مسعود وزيد وابي موسى الاشعري
رضي الله عنهم لكن اختلفوا في كيفية التغليظ فعند –
الشيخين ما ذكرنا اولا وعند محمد والشافعي ما ذكرنا ثانيا لقوله
عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد بالسوط والعصي والحجر
فيه دية مغلظة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان
دية شبه العمد اغلظ من دية الخطا المحض ودليل الشيخين
قوله عليه السلام وفي نفس المومن مائة من الابل واجيب عن الاستدلال
بان الثابت عنه عليه السلام هو هذا وما رواه محمد والشافعي
غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ
فان عمر رضي الله عنه وزيد بن ثابت والمغيرة بن شعبة قالوا
مثل ما قالاه وكان علي رضي الله عنه يجب اثلاثا ثلاثة وثلاثون
حقة وثلاثة وثلاثون جذعة واربعة وثلاثون خلفة وقال
ابن مسعود رضي الله عنه مثل ما قلنا ولا مدخل للرأي
في المقادير فكان كالمرفوع وصار معارضا بما رواه واذا
تعارضا كان الاخذ بالادنى وهو المتيقن اولى وفي النهاية
وذكر في المبسوط ان الشيخين احتجا بحديث السائب بن يزيد
ان النبي عليه السلام قضى في الدية بمائة من الابل ارباعا
ومعلوم انه لم يرد به الخطا لان في الخطا تجب اخماسا فعلم
ان المراد به شبه العمد وعليه انه قال عليه السلام في النفس
المومنة مائة من الابل والمراد دية ما يكون منه فكان ما قلناه
اولى ولان الدية انما تجب عوضا والحامل لا يجوز ان تستحق
بشي من المعاوضات لوجهين احدهما ان صفة الحمل لا يمكن

الوقوف على حقيقتها والثاني ان الجنين من وجه كالمنفصل
فيكون هذا في معنى ايجاب الزائد على المائة عددا او بالاتفاق
ليس التغليظ من حيث العدد بل من حيث السن ثم ان الديات
تعتبر بالصدقات والشرع نهى عن اخذ الحوامل في الصدقات
لانها كرائم اموال الناس فكذلك في الديات ولا تغليظ في غير
الابل يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة الاف درهم
او الف دينار وهي اي الدية المغلظة في شبه العمد لما روي من
الحديث وهو قوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد
بالسوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة والدية المخففة مبتدا
خبره قوله الف دينار وهي اي الدية المخففة في الخطا وما بعده
مما اجري مجرى الخطا والقتل بسبب من الذهب الف دينار
قيمة كل دينار عشرة دراهم فقوله من الذهب حال من الالف
قدمت على صاحبها ومن الورق بفتح الواو وكسر الراء الفضة
عشرة الاف درهم وقال مالك والشافعي اثنا عشر الف درهم
لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه ان رجلا قتل فجعل النبي
عليه السلام ديته اثني عشر الف درهم رواه ابو داود
والترمذي ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه ان النبي
عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم وما
قلناه اولى لكونه متيقنا به لانه اقل ويحمل ما رواه على وزن
خمسة وما رويناه على وزن ستة وهكذا كانت الدراهم
من زمان النبي عليه السلام الى زمان عمر رضي الله عنه على
ما حكاه الطحاوي فانه قال كانت الدراهم على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة الواحد منها وزن عشرة
اي العشرة منها وزن عشرة دنانير فيكون الواحد قدر دينار
والثاني وزن ستة اي العشرة منها وزن ستة دنانير
والثالث

والثالث وزن خمسة اي العشرة منها وزن خمسة دنانير
فجمع عمر رضي الله عنه بين الثلاثة فخلطه فجعله ثلاث
دراهم فصار ثلث المجموع وتمامه في التبيين فليراجع
ومن الابل مائة قيمة كل ابل مائة درهم خماسا لكونها اخماسا
ابن مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة من كل واحد منها (وبنت مخاض)
عشرون لما روي ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي
عليه السلام قال في دية الخطا عشرون حقة وعشرون
جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون
وعشرون ابن مخاض رواه ابو داود والترمذي واحمد
والشافعي اخذ بمذهبنا غير انه قال يجب عشرون ابن
لبون مكان ابن مخاض والحديث حجة عليه ولا دية من
غير هذه الاموال اي من النقدين والابل عند الامام
لان مالية العين مجهولة فلا يجوز التقدير واما التقدير
فمعروف بالاثار المشهورة وقالا منها اي من هذه الانواع
ومن البقر مائتا بقرة قيمة كل بقرة خمسون ومن الغنم
الفا شاة قيمة كل شاة خمس ومن الحلل مائتا حلة كل حلة
ثوبان ازار ورداء قيمة كل حلة خمسون لان عمر رضي الله
عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وكفارة شبه العمد
والخطا وما اجري مجرى الخطا عتق اي اعتاق رقبة مؤمنة
فان عجز عن الاعتاق فصيام شهرين متتابعين
لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام
شهرين متتابعين وشبه العمد الخطا في حق القتل
وان كان عمدا في حق الضرب فيتناولهما الاية ولا اطعام
فيها اي في هذه الكفارة لعدم ورود النص به والمقادير
لا تجب الا سماعا وصح اعتاق رضيع احد ابويه مسلم

للكفارة لانه يكون مومنا بالتبعية لقوله عليه السلام
والولد يتبع خير الابوين دينا ولا يقال كيف اكتفى
هنا بالظاهر في سلامة اطرافه حتى اجاز التكفير
به ولم يكتف بذلك في حق وجوب الضمان باتلاف
اطرافه لانا نقول الحاجة في الاتلاف الى الزام
الضمان وهو لا يصلح حجة فيه ولانه يظهر حال الاطراف
فيما بعد التكفير الى الاعتاق ولا كذلك في الاتلاف فافترقا
لا اعتاق الجنين لانه لم تعرف حياته ولا سلامته
بعد ودية المراة في النفس وما دونها نصف ما للرجل
روي ذلك عن علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا وقال
الشافعي لا ينتصف الثلث وما دونه يعني اذا كان
الارش بقدر ثلث الدية او دون ذلك فالمراة والرجل
فيه سوا وان زاد على الثلث فحالها فيه على النصف
من حال الرجل ويجب للذمي مثل ما للمسلم في النفس
والاطراف عندنا لقوله عليه السلام دية كل ذي
عهد في عهده الف دينار ولتساويهما في الحياة والعصمة
وكذا الحكم المستامن لما روي انه عليه السلام جعل ديته
كالذمي وعند الشافعي دية الكتابي ثلث دية المسلم وهي
اربعة الاف درهم اذ دية المسلم عنده اثني عشر الف
درهم كما ذكر ودية المجوسي ثلث خمس دية المسلم
وهو ثمانماية درهم وعند مالك دية الكتابي نصف
دية المسلم وهو ستة الاف درهم اذ دية المسلم عنده
ايضا اثني عشر الف درهم فصل في النفس
الدية انما ذكر دية النفس في اول هذا الفصل مع
انه معقود لبيان احكام الدية فيما هو تبع لها وهو

الاطراف

الاطراف تمهيدا لذكر ما بعده وتبركا بلفظ الحديث وهو
قوله عليه السلام في النفس الدية وفي اللسان
الدية وفي المارن الدية فلهذا قال وكذا في المارن
وهو ما لان من الانف الدية وكذا في اللسان الدية
ان منع النطق لفوت منفعة مقصودة وهو النطق
وكذا في قطع بعضه اذا امتنع من الكلام ولو قدر على
التكلم ببعض الحروف دون البعض تقسم الدية على
عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان وهي
ستة عشر حرفا التا والثا والجيم والدال والذال والرا
والسين والشين والصاد والضاد والطا والظا
واللام والنون والياء فما اصاب الفائت يلزمه وقيل
ان قدر على اداء اكثر الحروف يجب حكومة عدل لحصول
الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب
كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منه الافهام
واختاره العلم ولهذا قال او منع اداء اكثر الحروف
لتفويت منفعة الافهام وفي الصلب الدية ان
منع الجماع وقطع الماء وفي الافضاء الدية اذا منع
استمساك البول لانه من جنس المنافع وفي الذكر
الدية لان فيه تفويت المنفعة وهي الوطي والايلاد
واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو
طريق الاعلاق عادة وفي البزازية وان قطع الذكر
من اصله ان خطا فدية وان عمدا اختلف اصحابنا
وفي المنتقى لا قصاص منه قالوا وهو قول محمد
وعن الثاني ان في الحشفة القصاص واذا قطع
بعضها فلا قصاص وفي حشفة اي حشفة الذكر

الدية لانها اصل في منفعة الابلاج والدفق والقصبة
كالتابع لها وفي العقل الدية اذا ذهب بالضرب
لفوات منفعة الادراك لان الانسان بالعقل يمتاز
عن غيره من الحيوان وبه ينتفع في معاشه ومعاده
وفي السمع والبصر وفي الشم وفي الذوق يجب في كل
منها الدية كاملة لان لكل واحد منها منفعة مقصودة
وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى لرجل باربع ديات
بضربة واحدة وقعت على راسه فذهب عقله وسمعه
وبصره وكلامه وقال ابو يوسف لا يعرف الذهاب والقول
قول الجاني لانه منكر فلا يلزمه شيء الا اذا صدقه او نكل
عن اليمين وقيل ذهاب البصر يعرفه الاطبا فيكون قول
رجلين منهم عدلين حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس
مفتوح العين فاذا دمعت عينه علم انها لم تذهب
باقية والا فلا وقيل يلقى بين يديه حية فان هرب منها علم انها صح
وان لم يدمع فهي ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع
ان يغافل ثم ينادي فان اجاب علم انه لم يذهب وان
لم يجب فهو ذاهب وروي عن اسماعيل بن حماد ان
امراة ادعت انها لا تسمع وتطارشت في مجلس حكمه
فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها غطي عورتك
فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها فظهر كذبها وفي
اللحية ان لم تنبت الدية وكذلك في شعر الراس الدية
ان لم تنبت يعني اذا حلق اللحية او الراس ولم ينبت
الشعر فيجب الدية في كل واحد منهما لانه ازال الجمال
على الكمال وقال مالك والشافعي لا يجب فيه الدية
ويجب حكومة عدل لان ذلك زيادة في الادمي ولهذا
ينمو بعد كمال الخلق ولهذا يحلق الراس واللحية في بعض
البلاد

البلاد فلا تتعلق بها الدية كشعر الصدر والساق اذ لا
تتعلق به منفعة ولنا قول علي في الراس اذا حلق ولم
ينبت الدية كاملة والموقوف في مثل هذا كالمرفوع لانه
من المقادير فلا يهتدي اليه بالراي واما لحية العبد
فقد روى الحسن عن ابي حنيفة انه يجب فيه كمال
القيمة فلا يلزمنا والجواب ان المقصود من العبد الاستخدام
دون الجمال وهو لا يفوت بالحلق بخلاف الحر لان المقصود
منه في حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية وفي الشارب
حكومة عدل وانما وجب فيه حكومة عدل لانه تابع
للحية وفي هذا التعليل اشارة الى ان الواجب في بعض
اللحية حكومة عدل اذا كان دون النصف اما اذا كان
النصف فالواجب به نصف الدية كما في البزازية وذكر
الفضلي نتف لحيته ينظر الى الذاهب والى الباقي فيجب
بحسابه واذا نبت بعض اللحية فحكومة عدل انتهى وكذا
الحاجبان يجب فيهما الدية وفي احدهما نصف الدية خلافا
للشافعي ومالك فانه يجب عندهما حكومة وكذا الاهداب
لانه يفوت بها الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهو دفع
القذى على العينين وفي العينين الدية لان جنس
المنفعة يفوت بفواتهما وفي الاذنين والشفتين وفي
ثديي المراة لان فيه تفويت منفعة الارضاع بخلاف
ثديي الرجل لانه ليس فيه تفويت منفعة ولا الجمال على
الكمال فيجب فيه حكومة عدل وفي حلمتي المراة كمال
الدية وفي احديهما نصف الدية وفي اليدين وفي الرجلين
وفي اشفار العينين جمع شفر وهو منبت الاهداب
من طرف الجفن اخذا من شفير الوادي وانما وجبت الدية

فيما ذكر لفوات الجمال والمنفعة وفي كل واحد مما هو اثنان
في البدن كالاذن والشفة واليد والرجل مثلا
نصف الدية لان النبي عليه السلام كتب لعمرو بن حزم
رضي الله عنه وفي العينين كل الدية وفي احدهما
نصف الدية ولان في تفويت احدهما تفويت النصف
الاثنين تفويت جنس المنفعة وكمال الجمال فيجب كل
الدية ولان في تفويت [illegible] احدهما تفويت النصف
فيجب نصف الدية وفي كل واحد مما هو اربعة من البدن
ربعها اي ربع الدية كالاشفار وفي كل اصبع من يد
او رجل عشرها لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر
من الابل وفي كل مفصل منه اي من الاصابع مما فيه
مفصلان كالابهام نصف عشرها اي نصف عشر
الدية ومما فيه مفاصل كباقي الاصابع في كل مفصل
ثلثه اي ثلث عشر الدية تنقسم عشر الدية على المفاصل
كانقسام دية اليد على الاصابع وفي كل سن نصف عشرها
وهو خمس من الابل لقوله عليه السلام وفي كل سن
خمس من الابل ومن الدراهم خمسمائة درهم وكل عضو
ذهب نفعه ففيه اي في ذلك العضو دية وان كان
قائما كيد شلت وعين ذهب ضوؤها بالضرب لان وجوب
الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة ولا عبرة للصورة
بلا منفعة لكونها تابعة فلا تكون لها حصة من الارش
الا اذا تجردت عن المنفعة قبل الاتلاف كاتلاف
اليد التي خلت عن البطش ففيها حكومة عدل ان لم
يكن فيه جمال كاليد الشلاء وارشه كاملا ان كان فيه
جمال كالاذن الشاخصة كذا في التبيين فصل

لاقود

لا قود في الشجاج فصل احكام الشجاج ينفصل على حدة
لتكاثر مسائل الشجاج اسما وحكما دامغة لم يجب القود
فيه لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لان ما دون الموضحة
ليس له حد ينتهي اليه السكين وما فوقها كسر العظم
ولا قصاص فيه لقوله عليه السلام لا قصاص في
العظم هذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وفي ظاهر الرواية
يجب القصاص فيما دون الموضحة الا في الموضحة ان كانت
عمدا بالاتفاق لما روي انه عليه السلام قضى في الموضحة
ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم ولانه يمكن
ان يسبر غورها بالمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك
فينقطع بالمقدار الذي قطع فيتساويان فيتحقق القصاص
وفيها اي الموضحة خطأ نصف عشر الدية لما روي في كتاب
عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام قال في الموضحة
خمس من الابل وهي اي الموضحة الشجة التي توضح
العظم اي تبينه وفي الهاشمة خبر مقدم للمبتدأ الاتي
وهو قوله عشرها وهي اي الهاشمة الشجة التي تهشم
العظم اي تكسرها عشرها اي عشر الدية لقوله
عليه السلام وفي الهاشمة عشر من الابل وفي المنقلة
التي تنقل العظم اي تحوله بعد الكسر عشرها اي عشر
الدية ونصفه اي نصف عشرها فيكون خمسة عشر
من الابل لقوله عليه السلام وفي المنقلة خمسة عشر
من الابل وفي الامة وهي الشجة التي تصل الى ام
الدماغ وهي الجلدة الرقيقة التي تجمع الدماغ ثلثها
اي ثلث الدية لما روي انه عليه السلام قال وفي
الامة وفي رواية في المأمومة ثلث الدية وكذا في الجائفة

اي يجب ثلث الدية في الجائفة ايضا وهي الجراحة التي تصل
الى الجوف فان نفذت اي الجائفة الى الجانب الاخر فهما
جائفتان ويجب ثلثاها اي ثلثا الدية لما روي عن ابي
بكر الصديق رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى
الجانب الاخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت صارت
جائفتين فيجب في كل واحدة منها الثلث وفي كل من
الحارصة بالحاء والراء والصاد المهملات وهي التي تشق الجلد
ولا تخرج الدم والدامعة بالعين المهملة وهي التي تخرج
منه اي من المجروح ما يشبه الدمع يعني تظهر الدم ولا
تسيله بل يجتمع في موضع الجراحة كالدمع في العين
والدامية وهي التي تسيل الدم وفي القهستاني نقلا
عن الذخيرة ان الدامعة على ما ذكره الطحاوي شجة تسيل
الدم وعلى ما ذكره شيخ الاسلام ما يسيل اكثر مما يكون
في الدامية فالدامعة على ما ذكره ما يدمي الجلد سواء كان
سائلا او غير سائل وعلى ما ذكره الطحاوي ما يدمي منه
ولا يسيله وفي الظهيرية هي ما يدميه من غير ان يسيله
وهو الصحيح دامية ما يسيله كدمع العين والباضعة
بالضاد المعجمة والعين المهملة وهي التي تبضع الجلد
اي تقطعه ماخوذ من البضع وهو القطع والمتلاحمة
وهي التي تاخذ في اللحم وتقطعه بعد قطع الجلد من
تلاحم اي التام وتلاصق سميت بذلك تفاؤلا كما سمي
اللديغ سليما والسمحاق بكسر السين المهملة وسكون
الميم والحاء المهملة وهي جلدة رقيقة فوق العظم
تحت اللحم تصل اليها اي الى تلك الجلدة الرقيقة
الشجة حكومة عدل بالاجماع مبتدأ موخر خبره ما تقدم
من قوله

من قوله وفي كل من الحارصة الى اخر ما ذكر وسيأتي تفسير
حكومة عدل وانما وجبت لانه ليس في كل منها ارش مقدر
شرعا ولا يمكن اهداره فوجب الاعتبار بحكم العدل
وهو ما ثور عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز وعن
محمد فيهما اي فيما ذكر من انواع الشجاج القصاص اذا كان
عمدا كالموضحة وقد تقدم الفاظ ما هو فرقها في اول
الفصل والشجاج تختص بالوجه والراس والجائفة بالجوف
والجنب والظهر وما كان في غيرها يسمى جراحة لان
الوارد فيما يختص بالوجه والراس والجوف والجنب
والظهر ولانه انما ورد الحكم فيها بالشين وهو في
الراس والوجه ولهذا قال وما سوى ذلك اي ما في
الوجه والراس والجوف والجنب والظهر جراحات وفي
الهداية واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو
قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب
المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة
للناظر فيهما الا عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير
فاصلة وقد يتحقق معنى المواجهة ايضا وفيها اي في
الجراحات حكومة عدل وهي اي حكومة العدل على ما
قاله الطحاوي ان يقوم المجروح عبدا بلا هذا الاثر
ومعه اي مع هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين
القيمتين فما انتقص من قيمته وجب بنسبته من ديته
مثلا نفرض ان هذا الحر عبد وقيمته بلا هذا الاثر
الف درهم ومع ذلك الاثر تسعمائة فالتفاوت بينهما
مائة درهم وهو عشر الالف فنوخذ هذا التفاوت
من الدية وهي عشرة الاف درهم فعشرة الاف فهو

حكومة عدل وبه يفتى اي بما ذكر من هذا التفسير
لحكومة العدل يعني احترازا عما ذكره الكرخي وهو
ان ينظر مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب
بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه
يرد الى المنصوص عليه وقيل قول الكرخي اصح مما
قاله الطحاوي لان عليا رضي الله عنه اعتبر هذا
الطريق فيمن قطع طرف منه وفي قطع اصابع الواحدة
وحدها او مع الكف نصف الدية لان الارش لا يزيد
بسبب الكف لانها تابعة بل الواجب في كل اصبع
عشرة من الابل فيكون في الخمس خمسون وهو نصف
الدية وفي قطع الاصابع مع نصف الساعد نصف
الدية وحكومة وهو رواية عن ابي يوسف وعنه
ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى
المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد
الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة
الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان
اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع
دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين
ولانه لا وجه لان يكون تبعا للاصابع لان بينهما
عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه
ولا تبع للتبع كما في الهداية وفي قطع كف فيه
اصبع عشر الدية وان كان فيه اصبعان
فخمسها ولا شي في الكف وهذا عند الامام
لان الاصابع اصل حقيقة لان منفعة اليد وهي
القبض والبسط والبطش قائمة بها وكذا حكما لانه

عليه

عدلم

عليه السلام جعل الدية بمقابلة الاصابع حيث اوجب
في اليد نصف الدية وجعل في كل اصبع عشرا من
الابل ومن ضرورته ان يكون كلها بمقابلة اصابع
كل الكف والاصل اولى بالاعتبار وان قل فلا يظهر
التابع بمقابلة الاصل فلا يعارض حتى يصار الى
الترجيح بالكثرة وليت تعارضنا فالترجيح بالاصل
حقيقة وحكما اولى من الترجيح بالكثرة وعندهما يجب
الاكثر من ارش الكف ودية الاصبع والاصبعين
ويدخل الاقل فيه اي في الاكثر لانه لا وجه للجمع
بين الارشين لان الكل شي واحد ولا الى اهدار
احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة
وان كان فيها اي في الكف ثلاث اصابع فدية
الاصابع ولا شي في الكف اجماعا لان الاصابع
اصول وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا
كانت الاصابع قائمة وهي اي دية هذه الاصابع
الثلاثة ثلاثة اعشار الدية اجماعا يعني لزوم
دية الاصابع متفق عليه كما ان الاول مختلف فيه
وفي الاصابع الزائدة حكومة اي حكومة عدل
تشريفا للادمي لانها اجزا للادمي ولكن لا منفعة
فيها ولا زينة وكذا اي يلزم في الشارب حكومة عدل
في الصحيح لانه تابع للحية فصار طرفا من اطراف
اللحية وفي لحية الكوسج اي يلزم فيها حكومة عدل
قال الزيلعي بخلاف لحية الكوسج حيث لا يجب فيها
شي لان اللحية لا يبقى فيها اثر الحلق فلا يلحقها
الشين بالحلق بل ببقا الشعرات يلحقه ذلك فيكون

الى الشين

نظر من تكلم ظفر عليه بغير اذنه ويجب في ثدي الرجل
حكومة عدل وكذا في ذكر الخصي والعنين ولسان الاخرس
واليد الشلاء والعين العوراء والرجل العرجاء والسن
السوداء فانه لا يجب في هذه الاشياء الدية للادمي
لانها اجزاء منه وقال الشافعي يجب دية كاملة في ذكر
الخصي والعنين لقوله عليه السلام وفي الذكر الدية من
غير فصل ولنا ان المنفعة وهي الايلاج والانزال والا
والاحبال هي المعتبرة من هذه العضو فاذا عدمت لا يجب
فيه الدية كالعين القائمة بلا ضوء واليد الشلاء وكذا
يجب حكومة عدل في عين الطفل ولسانه وذكره اذا
لم تعلم صحة ذلك اي صحة كل منها بما يدل على ابصاره
وتحرك ذكره وكلامه لان المقصود من هذه الاشياء
المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك
والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن
الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على
الكمال وكذا لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو
مجرد صوت وان علمت الصحة فيه بما ذكر فحكمه حكم البالغ
في العمد والخطا وان شج رجل رجلا موضحة فذهب عقله
او شعر راسه ولم ينبت دخل ارش الموضحة في الدية
لان فوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضا اذ لا
ينتفع بدونه فصار كما اذا اوضحه فمات وارش
الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر وقد تعلقا جميعا
بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الكل
كمن قطع اصبع رجل فشلت به يده كلها وان ذهب
سمعه او بصره او كلامه لا يدخل ارش الموضحة في الدية

لان كلا

لان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة
فاشبه الاعضا المختلفة بخلاف العقل لان منفعته
عائدة الى جميع الاعضا كما مر هذا عند الطرفين وعن
ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والنطق ولا
تدخل في دية البصر قيل هذا اذا كان خطا واما اذا شج
رجلا موضحة عمدا فذهب من ذلك سمعه وبصره فلا
قصاص في شيء من ذلك عند الامام ولكن يجب ارش
الموضحة ودية السمع والبصر وعندهما يجب القصاص
في الشجة ويجب الدية في السمع والبصر وان ذهب بها
اي بالموضحة عيناه فلا قصاص ويجب ارشهما اي ارش
الشجة وارش العينين عند الامام وعندهما يجب القصاص
في الموضحة والدية في العينين والاصل في ذلك عنده
ان الفعل اذا اوجب مالا في البعض سقط القصاص سواء كانا
عضوين او عضوا واحدا وعندهما في العضوين يجب
القصاص مع وجوب المال وان كان عضوا واحدا لا يجب
القصاص في اصبع قطعت فشلت اخرى جنبها بل يجب
الارش عند الامام لان القصاص غير واجب لعدم
المماثلة لان قطع الثاني على وجه يوجب شلل الاخرى
غير ممكن فعندهما وهو قول زفر والحسن يقتص في
المقطوعة ويجب الدية في الاخرى التي شلت لان
القصاص واجب بالنصوص ولو قطع مفصله اي مفصل
الاصبع الاعلى فشل ما بقي من المفاصل كما في الرمز
شرح الكنز وقول صاحب الهداية وغيره فشلت ما بقي من
الاصبع محرر تامل تدبر فلا قصاص بل الدية فيما قطع وحكومة
فيما شل وانما وجبت الدية لانه متعذر شرعا وتلزم الحكومة

فيما بقي لانتفاء تقدير الشرع فيه ولا قصاص لو كسر نصف
سن فاسود باقيها بل يجب دية السن كلها وكذا لو احمر
باقيها او اخضر او اصفر والاصل في هذا عنده ان الفعل
الواحد اذا اوجب مالا في البعض سقط القصاص
سواء كان عضوين او عضوا واحدا ولو اسودت كلها
بضربة وهي اي السن قائمة فالدية في الخطأ على العاقلة
وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكن
للمجني عليه ان يضربه ضربا يسوده بل يجب الارش
في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولو قلعت
سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط ارشها عند الامام
لان الجناية قد زالت معنى لان الموجب افساد المنبت
ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فلم تفت المنفعة
به ولا الزينة خلافا لهما لان الجناية قد تحققت
والحادثة نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كما لو اتلف
مال انسان فحصل للمتلف عليه مال اخر وفي سن الصبي
يسقط اجماعا لان سن الصبي لا تستقر في مكانها فوجودها
كعدمها فلم يعد قلعها جناية وعن ابي يوسف انه يجب
حكومة عدل لمكان الالم الحاصل وان اعاد الرجل سنه
المقلوعة الى مكانها اي السن فنبتت عليها اللحم لا يسقط
ارشها اجماعا بمعنى القاطع كما قال الارش لان هذا لا
يعتد به اذ العروق لا تعود وقال شيخ الاسلام هذا
اذا لم تعد الى حالتها الاولى بعد النبات في المنفعة
والجمال واما اذا عادت فلا شيء عليه وكذا لو قطع
اذنه فالصقها فالتحمت يعني يجب على القاطع ارشها
لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن قلعت سنه

فاقتص

فاقتص من قالعها ثم نبتت اي نبتت مكانها اخرى فعليه دية
سن للمقتص منه لانه تبين انه استوفى بغير حق
لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى
فانعدمت الجناية ويستأنى في قصاص السن واقتصاص
الموضحة حولا الاستيناء الانتظار كما في المغرب وكذا لو
ضرب سنه فتحركت فلو اجله القاضي فجاء المضروب وقد
سقطت سنه فاختلفا في سبب سقوطها فان قبل مضي
السنة فالقول للمضروب وان بعد مضيها فالقول للضارب
وفي المنح ضرب سن انسان فتحرك يستأنى حولا ليظهر
اثر فعله ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول فالقول
للمضروب ليتقيد التاجيل بخلاف ما اذا شجه موضحة ثم جاء
وقد صارت منقلة حيث يكون القول للضارب لان
الموضحة لا تورث للنقلة والتحريك يورث السقوط ولو
اختلفا بعد الحول كان القول للضارب لانه منكر
وقد مضى الاجل الذي ضرب للسن ولم تسقط فلا شيء
على الضارب ولو اسودت بالضرب او احمرت او اخضرت
يجب الارش كله لذهاب الجمال ولا يجب القصاص لما قلنا
فاوجب في الاسود ونحوه كمال الارش فلم يفرق بين سن
وسن وقالوا ينبغي ان يفصل بين الاضراس وبين العوارض
التي ترى فيجب في الاول حكومة عدل اذ لم يفت به منفعة
المضغ وان فات يجب الارش كله كما اذا كان لفوات الجمال
وان اصفرت يجب فيها حكومة عدل وقال زفر يجب فيها ارش
السن كاملا لان الصفرة تؤثر في تفويت الجمال كالسواد
ولنا ان الصفرة لا توجب تفويت الجمال ولا تفويت المنفعة
فان الصفرة لون السن في بعض الناس ولا كذلك السواد

فالحمرة والخضرة ولو شج رجلا فالتحمت ونبت الشعر ولم يبق لها اثر
يسقط الارش عند الامام وعند ابي يوسف يجب ارش الالم
وهو حكومة عدل لان الشين الموجب ان زال فالالم
الحاصل لم يزل وعند محمد عليه اجرة الطبيب لان ذلك
لزمه بفعله وكانه اخذ ذلك من ماله واعطاه للطبيب وفي
شرح الطحاوي قول ابي يوسف عليه الارش باجرة الطبيب
والدواء فعلى هذا الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد وللامام
ان الموجب الاصلي هو الشين الذي يلحقه بفعله وزوال
منفعته وقد زال ذلك بزوال اثره والمنافع لا تتقوم
الا بالعقد كالاجارة والمضاربة الصحيحتين او شبهة
العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني
فلا تلزمه الغرامة وكذا مجرد الالم لا يوجب شيئا لانه
لا قيمة له وكذا لو جرحه بضرب فزال اثره فهو على الاختلاف
المذكور من سقوط الارش عند الامام ووجوب الارش
عند ابي يوسف ووجوب اجرة الطبيب عند محمد وان
بقي اثره فحكومة عدل بالاجماع وقيد المسئلة بقوله
لو جرحه لانه اذا ضربه ولم يجرحه في الابتداء لا يجب شيء
بالاتفاق كذا في النهاية ولا يقتص لجرح او طرف او موضحة
الا بعد البرء وقال الشافعي يقتص منه في الحال لان الموجب
قد تحقق فلا يؤخر كما في القصاص في النفس ولنا ما روي
عنه عليه السلام انه نهى ان يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه
رواه احمد والدارقطني ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها
لاحتمال ان تسري الى النفس فيظهر انه قتل فلا يعلم
انه جرح الا بالبرء وكل عمد سقط فيه القود لشبهة كقتل
الاب ابنه فالدية فيه في مال القاتل لما روي عن ابن

عباس

عباس رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا لا تعقل العاقلة عمدا
ولا صلحا ولا اعترافا وعمد الصبي والمجنون خطأ وديته
على عاقلته ولا كفارة فيه ولا حرمان ارث وذلك عندنا لعدم
القصد الصحيح ولما روي ان مجنونا صال على رجل بسيف
فضربه فرفع ذلك الى علي رضي الله عنه فجعل عقله على
عاقلته بمحضر من الصحابة وقال عمده وخطاؤه سواء ولان
الصبي مظنة المرحمة والقاتل الخاطئ لما استحق التخفيف
حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى
بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب
على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر
العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان
الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة
كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم كما في
الهداية والمعتوه كالمجنون في لزوم الدية على عاقلته
وعدم لزوم الكفارة وعدم الحرمان عن الارث

فصل في الجنين

ومن ضرب بطن امراة
فالقت جنينا ميتا فعلى عاقلته غرة خمسمائة درهم وانما
سميت الغرة غرة لانه اقل المقادير في الديات واقل الشيء
اوله في الوجود ولهذا يسمى اول الشهر غرة لانه اول
شيء يظهر منه كذا في التبيين ووجبت فيه الغرة خمسمائة
درهم سواء كان ذكرا او انثى وهو نصف عشر دية الرجل وعشر
دية المراة والقياس انه لا يجب شيء في الجنين لانه لم
يتيقن بجنايته وانما وجب استحسانا لما روي ان النبي
عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة
درهم ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة

عن تعويرها بسماية نحو مالك والشافعي وهو على العاقلة
عندنا وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام
قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه النبي
عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح
واستهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة
درهم ويجب في سنة وقال الشافعي في ثلاث سنين فان
القته اي الجنين حيا فمات فدية اي فعليه الدية الكاملة
لانه اتلف حيا بالضرب السابق وان القته ميتا سواء كان
الجنين ذكرا او انثى فماتت الام فغرة للجنين ودية للام
لانه جنى جنايتين فيجب عليه موجبهما فصار كما اذا
رمى شخصا فنفذ منه الى اخر فقتله فانه يجب عليه ديتان
ان كان خطا وان كان عمدا يجب القصاص والدية كما في
الجنينين وان ماتت الام فالقته اي الجنين حيا فمات
الجنين فديتان اي يجب دية الام ودية اي دية الجنين
لانه قاتل شخصين وان ماتت الام بالضرب ثم القت
الجنين ميتا فديتها اي دية الام فقط ولا شيء في الجنين
وقال الشافعي يجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته
بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان
موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه
بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك وما يجب في الجنين
يورث عنه لانه بدل نفسه ولا يرث الضارب لكونه منه
قاتلا مباشرا ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة وفي
جنين الامة نصف عشر قيمته اي الرقيق لو ذكرا وعشر
قيمته لو كان انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه
جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل
ولهذا

ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة
ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند
ظهور النقصان في الاصل ولا معتبر به في ضمان الجنين
فكان بدل نفس الجنين فيقدر بها وعند ابي يوسف ان
نقصت الام ضمن نقصانها والا فلا ضمان اي قال ابو
يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام بالقائها
الجنين اعتبارا للجنين بالبهائم لان الضمان في قتل
الرقيق ضمان مال عنده فجاز الاعتبار على اصله فان
ضربت اي الامة فحرر سيدها حملها فالقته حيا فمات
يجب قيمته حيا لا ديته لان الحكم يترتب على سببه فسبب
القتل هنا الضرب السابق فيحمل عليه فلزمته قيمته حيا
اذ السبب وقع في حالة الرق وقدمنا ان العبرة لحالة
الرمي لا الوصول فلا يجب الدية ولا الكفارة في اتلاف
الجنين لان الشرع انما ورد بايجاب الكفارة في النفوس
المطلقة وهو جزء من وجه فلم يكن مورد النص ولا في
معناه من كل وجه ولذا لم يجب فيه دية كاملة وان تبرع
بها احتياطا فهو افضل لارتكابه محظورا وقال
الشافعي يجب كفارة لانه نفس من وجه فاتلاف النفس
يوجب الكفارة لما فيها من معنى العبادة والاستغناء
مما صنع والجنين المستبين بعض خلقه كتام الخلق اي
الجنين الذي استبان بعض خلقته كالجنين التام في جميع
ما ذكر من الاحكام وان شربت دواء او عالجت فرجها لطرح
جنينها حتى طرحته فالغرة على عاقلتها ان فعلت بلا
اذن ابيه لانها اتلفته متعدية فيجب عليها ضمانه
وتتحمل عنها العاقلة وان فعلت ذلك باذنه فلا تضمن

الغرة عاقلتها اذا لم يوجد منها التعدي بسبب استيذانها
فصل ما يحدث في الطريق لما فرغ من احكام القتل
مباشرة عقبه بذكر احكامه تسبيبا والاول اولي بالتقدم
لانه قتل بلا واسطة ولكثرة وقوعه من احدث في طريق
العامة كنيفا او ميزابا او جرصنا الجرصن قيل هو البرج
وقيل جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه وقيل
مجرى ماء يركب في الحائط وهو بضم الجيم وسكون الرا المهملة
وضم الصاد المهملة او دكانا وسعه ان لم يضر بهم اي بالعامة
لان الطريق معد للتطرق فله الانتفاع ما لم تتضرر العامة به
وانما قيد بذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار
في الاسلام فما تحقق فيه الضرر يأثم باحداثه ولكل منهم
اي من العامة نزعه ومطالبته بالنقض لان كل واحد
منهم له حق فيه بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق
النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض
لو احدث غيرهم فيه شيئا هذا اذا بنى لنفسه واما اذا بنى
للمسلمين فلا ينقض كذا روي عن محمد وتفصيل الكلام
في هذا المقام انه هل يحل له احداثه في الطريق ام لا وهل
لاحد الخصومة في منعه من الاحداث فيه ورفعه بعده
وهل يضمن فيما تلف بسبب الاحداث اما الاحداث فقال
شمس الائمة ان كان الاحداث يضر باهل الطريق فليس
له ذلك وان كان لا يضر باحد لسعة الطريق فيحل له
ذلك وان كان لم يضر جاز له احداثه فيه وعلى هذا
القعود في الطريق للبيع والشرا يجوز ان لم يضر باحد
وان اضر لم يجز واما الخصومة فيه فقال الامام لكل احد
مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع وان يكلفه

الرفع

الرفع اضر او لم يضر ان كان الوضع بغير اذن الامام لان
التدبير في امور العامة مفوض الى راي الامام وعن ابي
يوسف لكل احد ان يمنعه من الوضع قبل الوضع وليس له
ان يكلفه الرفع بعد الوضع وعن محمد ليس لاحد ان يمنعه
قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر بالناس لانه
ماذون له في احداثه شرعا واما الضمان بالاتلاف ففي بيان
تفصيله مشروحا وفي الطريق الخاص لا يسعه بلا اذن
الشركاء وان لم يضر لانه مملوك لهم ولهذا اوجبت الشفعة
لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم
بخلاف العام فانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز الانتفاع به ما لم يضر
باحد وعلى عاقلته دية من مات بسقوطه فيه كما لو حفر
بيرا في طريق خاص او عام او وضع حجرا فيه فتلف به
انسان فيجب على العاقلة ديته لانه متسبب لهلاكه
متعد في احداثه وكذا لو عثر بنقضه انسان فيجب الديه
على العاقلة لما ذكر من التسبب وان وقع العاثر على اخر
فماتا فالضمان على من احدثه يعني اذا مات العاثر
والاخر الذي مات بوقوعه عليه فضمان ديتهما على المحدث
في الطريق ما به الاتلاف لانه بمنزلة الدافع فكانه
دفعه بيده على غيره ولا ضمان على الذي عثر لانه
مدفوع في هذه الحالة فكان كالالة وان اصابه طرف
الميزاب الذي في الحائط فلا ضمان وان اصابه الطرف
الخارج ضمن يعني اذا سقط عليه طرف الميزاب فقتله
ينظر ان كان ذلك الطرف متمكنا في الحائط فلا ضمان على
صاحب الميزاب لانه غير متعد فيه لانه وضعه في ملكه
وان كان الذي اصابه بكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه

هو الطرف الخارج من الحائط ضمن الذي وضعه مرح

يمكن ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم من الميراث
لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصاب الطرفان جميعا وعلم
ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا اجرحه سبع
وانسان فانه يضمن النصف اعتبارا للاحوال لانه
يضمن في حال ولا يضمن في حال فيتوزع الضمان على
الاحوال لان فيه النظر من الجانبين ومن حفر بئرا او وضع
حجرا في الطريق فتلف به انسان قوله في الطريق متعلق
بحفر ووضع على التنازع وقوله فتلف به انسان اي
يضمن الدية عاقلته يعني كما ان من حفر بئرا او وضع
حجرا في طريق فتلف به انسان تكون ديته على
عاقلة الحافر او الواضع فكذا تجب الدية على عاقلة
من تسبب لتلف انسان بسقوط ما احدث من الكنيف
والميزاب والجرصن والدكان وان تلف به بهيمة فضمانه
في ماله اي اذا تلف بالحفر او الوضع او السقوط بهيمة
فضمان تلك البهيمة في مال المتسبب بما ذكر اما الضمان
فلانه متعد فيه فيضمن واما عدم تضمين العاقلة فلان
العاقلة لا تتحمل ضمان المال وانما تتحمل ضمان النفس
والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق كوضع الحجر في
وجوب الضمان لان كل ذلك تسبب بنوع من التعدي
وهذا اي وجوب الضمان اذا فعله اي جميع ما ذكر بلا
اذن الامام فانه يضمن لوجود التعدي فان فعل شيئا من
ذلك باذنه اي الامام فلا ضمان لانه غير متعد حيث فعل
ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان
بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات
على راي الامام كما في الهداية والافتيات الاستبداد

بالراي

بالراي كما في المغرب وكذا لو حفر في ملكه لم يضمن لانه غير
متعد وكذا اذا حفر في فناء داره لان له ذلك لمصلحة
داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا
له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد ولو مات الواقع
في البئر جوعا او غما فلا ضمان على حافره وان وضعه
حفر بلا اذن الامام لانه مات بفعل نفسه وهو الجوع
والغم والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وعند محمد
عليه الضمان في الوجوه كلها لان ذلك حصل بسبب
الوقوع في البئر ولولا ذلك لما مات جوعا ولا غما وعند
ابي يوسف عليه الضمان في الغم لا في الجوع لانه لا سبب
للغم سوى الوقوع فيه واما الجوع والعطش فلا يختصان
بالبير وان وضع حجرا فنحاه اخر فضمان ما تلف به على
الثاني لان فعل الاول قد انتسخ فكان الضمان على الذي
نحاه لفراغ ما شغله وانما اشتغل بفعل الثاني موضع اخر
ولو اشرع اي اخرج جناحا الى الطريق قال صاحب القاموس
الجناح الروشن ثم قال الروشن الكوة وقال في المغرب
الروشن الممر على العلو وقال صاحب الكفاية الروشن
هو الخشبة الموضوعة على جدار السطحين ليتمكن من
المرور وقال صدر الشريعة اشراع الجناح اخراج الجذوع
الى الطريق وهو المناسب ان يراد هنا في داره ثم باعها
اي الدار فضمان ما تلف به اي بالجناح عليه اي على البايع
لان فعله وهو الاشراع لم ينفسخ بزوال الملك عنه وكذا
لو وضع خشبة في الطريق ثم باعها اي الخشبة وبرئ
البايع الى المشتري متعلق ببرئ على تضمين معنى الانتهاء
كما في احمد الله اليك منها اي من الخشبة فتركها اي الخشبة

المشتري بضمان ما تلف بها اي بالخشبة على البايع ايضا لان
نقله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال الملك وهو اعني الوضع
موجب للضمان ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق ذلك الجمر
شيا ضمنه اي يضمن الواضع ما احرقه لانه متعد في ذلك
الوضع ولو احرق شيا بعد ما حركته اي الجمر الريح الي موضع اخر
لا يضمن لنسخ الريح فعله ان كانت اي الريح ساكنة عند
وضعه اي الجمر وفي النهاية لو حركت الريح عين الجمر وانما
قيد به لان عند بعض اصحابنا ان الريح اذا ذهبت
بشررها فاحرقت شيا فان الضمان عليه في ذلك لان
الريح اذا هبت بشررها ولم تذهب بعينها فالعين باقية
في مكانها فكانت الجناية باقية فيكون الضمان عليه وقد
مر ذلك مفصلا وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه هذا
اختيار السرخسي وكان الحلوايي لا يقول بالضمان
من غير تفصيل ويضمن من حمل شيا في الطريق ما تلف
بسقوطه اي المحمول منه اي من الحامل يعني من حمل شيا
في الطريق فسقط المحمول على انسان او غيره فتلف ضمن
الحامل لان حمل المتاع في الطريق على راسه او ظهره مباح
لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي الي الهدف
او الصيد وكذا يضمن من ادخل حصيرا او قنديلا او حصاة
الي مسجد غيره اي غير حيه بلا اذن فعطب به احد هذا
عند الامام لان تدبير امور المسجد مسلم لاهله دون
دون غيره فيكون فعل الغير تعديا او مقيدا بشرط
السلامة فقصد القربة والخير لا ينافي الغرامة اذا اخطا
الطريق خلافا لهما لان عندهما لا يضمن لان القربة
لا تتقيد بشرط السلامة ولو ادخل هذه الاشيا الي مسجد

حيه

حيه لا يضمن اجماعا لان هذه من القرب وكل واحد ماذون
في اقامة ذلك فلا يتقيد بشرط السلامة فكان فعلهم
مباحا مطلقا وكذا لا يضمن لو تلف شي بسقوط رداء
هو لابسه اذ اللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيقع
الحرج بالتقييد بوصف السلامة وعنه محمد اذا لبس
ما لا يلبس عادة كدروع الحرب والجوالق فسقط على
انسان فتلف يضمن لان هذا اللبس بمنزلة الحمل وفي
الحمل يضمن ومن جلس في المسجد غير مصل فعطب به احد
ضمنه عند الامام خلافا لهما فانهما قالا لا يضمن على
كل حال واليه اشار بقوله ولا فرق بين جلوسه
لاجل الصلاة او للتعليم او يقرا القران او نام فيه
في اثنا الصلاة وبين ان يمر فيه لحاجة من الحوايج
او يقعد لحديث وذكر صدر الاسلام ان الاظهر ما قالاه
لان المسجد انما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه اداء الصلاة
بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من
ضرورات الصلاة فيكون ملحقا بها لان ما ثبت ضرورة
للشي يكون حكمه كحكمه وللامام ان المسجد بني للصلاة
وهذه الاشيا ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت
فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق
بها مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا عذر ان يكون
الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو يكون مقيدا بشرط
السلامة كالرمي الي الكافر والي الصيد والمشي في الطريق
والمشي في المسجد اذا وطا غيره والنوم فيه اذا انقلب
على غيره وذكر شمس الايمة ان الصحيح من مذهب
الامام ان الجالس للانتظار لا يضمن وانما الخلاف

في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القران ودرس
الفقه والحديث ولا فرق ايضا بين مسجد حيه وغيره
في الصحيح اما المعتكف فقيل على هذا الخلاف وقيل
لا يضمن بلا خلاف وذكر الفقيه ابو جعفر سمعت ابا بكر
يقول ان جلس لقراءة القران او معتكفا لا يضمن بالاجماع
كما في المنح وفي الجالس مصليا لا يضمن اجماعا وان كان
الجالس من غير اهله لان المسجد بني للصلاة فلا يكون
متعديا به لكن ولو استاجر رب الدار عملة جمع عامل
لاخراج الجناح او الظلة من الدار فتلف به اي بالاخراج
شي فالضمان عليهم ان كان التلف قبل فراغ عملهم
لان التلف بعملهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى
رب الدار وهذا الاوجه هنا لانه انقلب فعلهم قتلا
حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده
فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان كان التلف
بعده اي بعد فراغ عمله فعليه اي الضمان يكون على
المستاجر استحسانا لانه صح الاستيجار حتى لو استحقوا
الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه
فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه ويضمن من صب الماء
في الطريق العام ما عطب به لانه متعد فيه بالحاق
الضرر بالمارة وكذا اذا رشه اي رش الماء بحيث يزلق
فيه من مشى عليه او توضا به اي بالماء في الطريق واستوعب
الماء الطريق فعطب به احد لما سبق انه متعد في ذلك
العمل بالحاق الضرر بالمارة وان فعل شيا من ذلك
المذكور من الصب والرش والوضوء في سكة غير نافذة
وهو اي الفاعل من اهلها اي من اهل تلك السكة

اوقعد

اوقعد فيها اي في تلك السكة او وضع متاعه فيها لا يضمن
لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات
السكنى كما في الدار المشتركة فانه يجوز لكل واحد من
الشركاء ان يفعل فيها ما هو من ضرورة السكنى وفي الهداية
قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا
رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به لا يضمن
كما اشار اليه المص بقوله وكذا لا يضمن ان رش ماء لا يزلق
به عادة او توضا به او استوعب الماء بعض الطريق لا كله
فتعمد المار المرور عليه اي على بعض الطريق الذي فيه
الماء مع امكان ان لا يمر عليه لانه هو الذي خاطر بنفسه
فصار كمن وثب على البير من جانب فوقع فيه بخلاف ما اذا
لم يعلم فوقع من غير علم بان كان المرور ليلا او كان المار
اعمى فانه يضمن ووضع الخشبة في الطريق كالرش في استيعاب
الطريق وعدمه يعني اذا استوعب الخشبة الطريق
يضمن وان لم يستوعبه لا يضمن كما في منية الفقهاء وفيه
احتفر بيرا في طريق مكة او غيره من الفيافي لم يضمن
بخلاف الامصار دون الفيافي والصحاري لانه لا يمكن
العدول عنه في الامصار دون الصحاري وان رش فناء
حانوت باذن صاحبه فالضمان على الامر استحسانا كما لو
استاجره اي الاجير ليبني له في فناء حانوته فتعقل به شي
بعد فراغه فانه يجب الضمان على الامر دون الاجير
ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان
على الاجير لفساد الامر ولو كنس الطريق لا يضمن ما
تلف بموضع كنسه وفي الكافي وان استاجر اجيرا ليبني
له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات

فاصاب انسانا فمات فان كان التلف
بعد فراغه يجب على الامر استحسانا
لعل العبارة هكذا

يضمن استحسانا ولو امره بالبنا في وسط الطريق ضمن الامر
لفساد الامر بخلاف الفنا لانه يباح له فيما بينه وبين
ربه احداث مثل ذلك في فنايه اذا كان لا يتضرر به غيره
وقد جرت العادة بذلك في بلاد المسلمين فاعتبر امره
في ذلك ولكن لما كان البنا غير مملوك له يتقيد بشرط
السلامة ولو كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان
لم يضمن لانه ما احدث في الطريق شيا وانما كنس الطريق
لئلا يتضرر به المارة ولا يوذيهم التراب ولا يكون هو
متعديا في هذا التسبب ولو جمع الكناسة في الطريق
ضمن ما تلف بها اي بالكناسة لتعديه بوضع يشغله
الطريق ولا ضمان فيما تلف بشي فعل في الملك لانه ماذون
فيه شرعا فلا يكون متعديا او في فنا عطف على ما تلف
له اي للمالك فيه اي في ذلك الفنا حق التصرف بان لم
يكن للعامة ولا مشتركا لاهل سكة غير نافذة لان
ذلك لمصلحة داره والفنا في تصرفه وفي الهداية اما اذا
كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير
نافذة فانه يضمنه لانه سبب متعد لفعله في غير ملكه
وان استاجر من حفر له في غير فنايه فالضمان على
المستاجر لا على الاجير ان لم يعلم الاجير انه غير فنايه
لان الاجير يعمل له ولهذا يستوجب عليه وقد صار
مغرورا من جهته حيث لم يعلمه ان ذلك ليس من فنايه
وانما يحصل حقه اعتمادا على امره فلدفع ضرر الغرور ننقل
فعله الى الامر وان علم الاجير انه غير فنايه فعلى الاجير
اي يجب الضمان على الاجير لم يصح امره لانه لا يمكنه ان
يفعل بنفسه ولا غرور من جهته لعلمه بذلك فبقي
مضافا

مضافا اليه وان قال للمستاجر هو فنايي وليس لي فيه
حق الحفر فالضمان على الاجير قياسا لعلمه بفساد
الامر فلم يوجد الغرور وعلى المستاجر استحسانا لان كونه
فنا له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف
من القا الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبنا
الدكان فكان امرا بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا
فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال شيخ الاسلام اذا كان
الطريق معروفا انه للعامة ضمن سوا قال انه لي او لم
يقل لعلمه بفساد امره ومن بنى قنطرة اي على نهر كبير
بغير اذن الامام فتعمد احد المرور عليها اي على تلك
القنطرة فعطب فلا ضمان على الباني لانه اذا تعمد
المرور وكان بصيرا ويجد موضعا اخر للمرور وصار كانه
اتلف نفسه فينسب التلف اليه دون المسبب فاذا لم
يتعمد بان كان اعمى او مر ليلا يضمن اذا وضعه بغير
اذن الامام اما اذا وضعه باذن الامام فلا يضمن

فصل في الحايط المايل لما ذكر احكام مسايل
القتل التي تتعلق بالانسان مباشرة وتسببا شرع
في بيان احكام القتل المتعلقة بالجماد ان مال حايط
الى طريق العامة فطولب ربه اي صاحب الحايط بنقضه
من مسلم او ذمي رجل او امراة حر او مكاتب لان الناس
في المرور شركا فيملك نقضه وهدمه فيصح التقدم
من كل واحد منهم واشهد عليه بان يقول ان حايطك
هذا مخوف او مايل فانقضه حتى لا يسقط او اهدمه
فانه مايل والاشهاد بعد الطلب ليس بشرط فيكون
ذكر الاشهاد فيما ذكر ليتمكن من اثبات الطلب عند

الانكار فيكون من قبيل الاحتياط وهذا لا ينفي وجود
معنى الاشهاد اذا وقع الطلب عند الشهود بل ينبغي
الاشهاد بلفظ اشهدوا وتدل عليه عبارة الاشهاد وفي
الفتح لو قال اشهدوا اني تقدمت الى هذا الرجل في هدم
حائطه هذا صح ايضا ولو قال ينبغي لك ان تهدمه فهذا
ليس بطلب والاشهاد بل هو مشورة فلم ينقضه في
مدة يمكن نقضه فيها فتلف به اي بالهدم نفس
او مال ضمن عاقلته اي عاقلة رب الحائط النفس وضمن
هو اي رب الحائط المال والقياس ان لا يضمن وهو
قول الشافعي لانه لم يوجد منه صنع هو متعد فيه
لان بنى الحائط في ملكه والسقوط والميلان ليس من صنعه
فلا يضمن كما قبل الاشهاد ووجه الاستحسان انه اذا مال
الى الطريق فقد شغل هوا الطريق بحائطه ووقع في يده
هوا المسلمين ورفعه في يده فاذا طولب بالنقض
وتفريغ الهوا عن هذا الشغل لزمه ذلك فاذا لم يفرغ مع
التمكن صار جانيا كانه شغله ابتدا باختياره وكذا
لو طولب به من يملك نقضه كاب الطفل الذي وقع في
عامة النسخ بدون اليا في اب لكن الصحيح ان يرسم
باليا ووصيه لقيام الولاية لهما بالنقض في حقه والراهن
فيصح التقدم اليه لقدرته على النقض بفكاك الرهن
وارجاع المرهون الى يده والعبد التاجر ولو مديونا لان
له ولاية النقض ثم ما تلف بالسقوط ان كان مالا فهو في
رقبته وان كان نفسا فعلى عاقلة المولى لو كان له عاقلة
لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان تلك المال يلحق بالعبد
وضمان النفس بالمولى والمكاتب لانه مالك يدا فيكون
ولاية

ولاية النقض له وضمان ما تلف نفسا او مالا فيه حكم ضمان
ما تلف في العبد التاجر ولا يضمن ان باعه اي الحائط ربه
بعد الاشهاد وسلمه اي المشتري فسقط لانه خرج عن
ملكه بالبيع سوا قبضه اولا كما في الدرر وعزاه الى الكافي
وليس في الهداية لفظ اولا وفي الجوهرة يشترط ان
يكون بعد القبض حيث قال ولو باع الدار بعدما
اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه وفي المنح
قلت هل قولهم خرج عن ملكه ببيع مقيد اولا قلت ليس
بقيد بل غير البيع كذلك كالهبة ونحوها قال في
الحاوي القدسي اذا اشهد على صاحب الحائط المائل
بالنقض ثم خرج الحائط عن ملكه ببيع او غيره بطل
الاشهاد والتقدم حتى اذا عاد الى ملكه فسقط بعد
تمكن النقض وقبله لا يجب عليه الضمان بذلك الاشهاد
انتهى ولا يضمن ان طولب به اي بالنقض من لا يملكه
اي النقض كالمرتهن والمستاجر والمودع لانه ليس لهم
قدرة على التصرف فلا يفيد طلب النقض منهم ولهذا
لا يضمنون بما تلف من سقوطه وان بناه اي الحائط صاحبه
مائلا ابتدا ضمن ما تلف بسقوطه وان لم يطالب بنقضه
كما في اشراع الجناح ونحوه وهو اخراج الجذوع من الجدار
الى الطريق والبنا عليه والكنيف لتعديه بالبنا على
هذه الكيفية فان مال اي الحائط الى دار رجل فالطلب
لربها اي لرب الدار لان الطلب حق له او ساكنها اي ساكن
الدار فللسكان ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما
شغلت الدار فكذا بازالة ما شغل هواها فيصح تاجيله
وابراؤه اي يصح تاجيل كل منهما لذا الدار وابراؤه

بعد

حتى لو سقط بعد مدة الاجل وبعد الابرا وتلف به شي لا يضمن
لان الحق له فيصح تاجيله واسقاطه ولا يصح التاجيل فيما
مال الى الطريق لان الحق لجماعة الناس ولو كان اي التاجيل
من القاضي او المشهد لانه حق المارة فليس للقاضي ولا
للمشهد على صيغة اسم الفاعل ابطاله ولو كان الحائط
بين خمسة فاشهد على صيغة المفعول على احدهم اي احد
الخمسة ضمن خمس ما تلف به عند الامام ويكون ذلك
على عاقلته وعندهما نصفه اي نصف ما تلف به لان
التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم
يشهد عليه هدر فانقسما قسمين ولهذا كان الانصاف
النصف كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل
حيث يلزم الجارح نصف الدية وللامام ان الموت
حصل بعلة وهو الثقل المقدر لان اصله ليس بعلة
وهو القليل حتى يعتبر كل جز علة فتجتمع العلل واذا
كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها
بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف
بنفسها صغرت او كبرت الا عند المزاحمة اضيف الى الكل
لعدم الاولوية كذا في العناية وان حفر احد ثلاثة في
دارهم بيرا بغير اذن شريكيه او بنى حائطا ضمن
ثلثي ما تلف به والدليل من الجانبين هو ما ذكر وعندهما نصفه صح
في مسئلة الشركا السالفة متيل هذه باب
جناية البهيمة والجناية عليها يضمن الراكب اي في
طريق العامة ما اوطيته به لانه لو كان ملكه لا يضمن
شيا لانه غير متعد بخلاف ما اذا كان في طريق العامة
فيضمن المتعدي ما وطيت دابته او اصابت بيدها
اورجلها

كراس ٥٤
٥٣١
531

اورجلها اوراسها اوكدمت اوخبطت برجلها اوصدمت
والاصل في هذا ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد
بشرط السلامة بمنزلة المشي لان الحق في الطريق
مشترك بين الناس فهو متصرف في حقه من وجه
وفي حق غيره من وجه فالجناية مقيدة بشرط السلامة
وانما تقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرز عنه دون
ما لا يمكن التحرز عنه لانا لو شرطنا عليه السلامة عما لا
يمكن التحرز عنه يتعذر عليه استيفا حقه لانه يمتنع عن
المشي والسير مخافة ان يبتلى بما لا يمكن ان يتحرز عنه
والتحرز عن الوطي والاصابة باليد او الرجل او الكدم
وهو العض بمقدم الاسنان والخبط وهو الضرب باليد او
الصدم وهو الضرب بنفس الدابة وما اشبه ذلك في وسع
الراكب اذا امعن النظر في ذلك واما ما لا يمكن التحرز عنه
فهو ما ذكره بقوله لا ما نفحت برجلها او ذنبها قال في المغرب
يقال نفحت الدابة بالفا والحا المهملة اي ضربت حافرها
هذا اذا كانت سايرة اما اذا اوقفها اي الراكب الدابة
في الطريق فانه حينئذ يضمن بالنفحة سوا كانت بالرجل
او بالذنب لانه يمكن التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه التحرز
عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به
ولا بما عطب بروثها او بولها سايرة او واقفة يعني اذا
بالت او راثت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان
لا ضمان عليه لانه لا يمكن التحرز عنه وكذا اذا اوقفها
لذلك فلا ضمان لان من الدواب ما لا يفعل ذلك حتى
لا يقف فهو ايضا مما لا يمكن التحرز عنه فلهذا لا يضمن
بذلك سوا كانت سايرة او واقفة لاجله اي لاجل

54

الروث والبول فان اوقفها لا لاجله اي لا لاجل الروث
او البول ضمن ما عطب به اي بالروث او البول لانه
يكون متعديا في الايقاف لانه ليس من ضرورات السير
فان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت
غبارا او حجرا صغيرا ففقا اي كل واحد مما ذكر عينا
فذهب ضوؤها او افسد ثوبا لا يضمن لانه لا يمكنه
التحرز عنه فان سير الدابة لا يعرى عنه وان كان حجرا
كبيرا ضمن لانه مما يستطاع الامتناع عنه فسير الدواب
ينفك عنه وانما يكون بخرق منه في السير ويضمن القايد
ما يضمنه الراكب وكذا السايق في الاصح لان الدابة
في ايديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤا وهو
مختار الشرح للشارح وقيل قايله القدوري يضمن اي
النفحة ايضا ولا يضمنها الراكب والقايد قال البرجندي
وذكر القدوري في مختصره ان السايق ضامن لما اصابت
بيدها او رجلها والقايد ضامن لما اصابت بيدها
دون رجلها يعني النفحة لان السايق يرى النفحة
فيمكنه التحرز عنها والقايد لا يراها ولا يخفى ان هذا
الفرق غير موثر في تمكن الاحتراز ولا كفارة عليهما اي
على السايق والقايد ولا حرمان ارث او وصية لانهما
يختصان بالمباشرة وليسا من احكام التسبيب ولا
يخفى انه لو اتى بالواو دون او لكان انسب ولعله
اتى باو بنا على عدم جواز الوصية للوارث بخلاف
الراكب فيما اوطات الدابة بيدها او برجلها فان
عليه الكفارة وحرمان الارث والوصية وذلك
لتحقق المباشرة منه فان التلف بثقله وثقل
الدابة

الدابة تبع لانه تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي
الة له وهما متسببان لانه لا يتصل منهما الى شي وان
اجتمع الراكب والقايد او الراكب والسايق فالضمان
عليهما اي عند البعض لان كل ذلك سبب للضمان وقيل على
الراكب وحده دون السايق والقايد لان الراكب مباشر
فيه كما ذكرنا والسايق سبب فالاضافة الى المباشر اولى
وان اصطدم فارسان خطأ اي ضرب احدهما الاخر
بنفسه او اصطدم ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل واحد
دية الاخر عندنا لان هلاكهما مضاف الى فعل نفسه
او فعل صاحبه او فعلهما معا لا سبيل الى الاول لانه
فعله مباح لا يصلح في حق نفسه ان يضاف اليه الهلاك
فضلا عن ان يصلح في حق الضمان ولا الى الثالث
لان ما يركب من صالح وغير صالح لشي يصلح فثبت الثاني
فانه وان كان فعلا مباحا وهو المشي في الطريق الا انه
في حق غيره يصلح ان يضاف اليه الهلاك فيصلح
ايضا في حق الضمان وعند زفر والشافعي يجب على
عاقلة كل منهما نصف دية الاخر لان كل واحد عطب
بفعله وفعل صاحبه فكان نصفين احدهما معتبر
والاخر هدر وقيل لو كانا عامدين في الاصطدام
يضمن كل واحد نصف الدية للاخر اتفاقا وقيل هذا
لو وقع كل واحد منهما على قفاه لتحقق فعل الاصطدام
ولو وقع على وجهه فلا شي على واحد منهما وان وقع
احدهما على قفاه والاخر على وجهه فدم الذي وقع
على وجهه هدر وقيل يجب عند الشافعي نصف الدية
سوا وقع على قفاه او ظهره او وجهه وان تجاذبا

حبلا فانقطع الحبل فسقطا ووقعا اي كل واحد منهما على ظهرهما
فهما هدر لان كل واحد منهما مات بقوة نفسه وان
وقعا على وجههما فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الاخر
لان كل واحد منهما مات بقوة صاحبه وان اختلفا اي وقع
احدهما على القفا والاخر على الوجه فدية من وقع على
وجهه على عاقلة من وقع على ظهره فالذي على القفا
لا دية له وان قطع اخر الحبل اي ان تجاذبا الحبل فقطعه
انسان اخر فوقع كل منهما على القفا فماتا فديتهما على عاقلته
اي القاطع لانه مضاف الى فعله فكان سببا وان ساق دابة
فوقع سرجها او غيره من ادواتها كاللجام ونحوه ومما يحمل
عليها على انسان فمات ضمن السائق لانه متعد في هذا
التسبب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد
والاحكام منه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة
ولا يتقيد بشرط السلامة ولانه قاصد لحفظ هذه
الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس فيتقيد
بشرط السلامة ولكن يضمن قائد قطار وطئ بعير منه
اي من ذلك القطار انسانا ما وضمان النفس على عاقلته
وضمان المال في ماله لان القائد عليه حفظ القطار
كالسائق وقد امكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير
في الحفظ والتسبب بوصف التعدي سبب الضمان
وان كان مع القائد سائق فالضمان عليهما لان قائد
الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا
اذا كان السائق في جانب الابل اما اذا توسط واخذ
بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما
تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف

السائق

السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه
ولو كان رجل راكبا على بعير وسط القطار ولا يسوق
منه شيئا لم يضمن ما اصابت الابل التي بين يديه لانه
ليس بسائق لها وكذا ما اصابت الابل التي خلفه
لانه ليس بقائد لها الا اذا كان اخذا بزمام ما خلفه
اما البعير الذي هو راكبه فهو ضامن لما اصابه فيجب
عليه وعلى القائد غرم ما اصاب به بالايطاء فان ذكر فانه
على الراكب وحده لانه جعله منه مباشرا حتى جرى عليه
احكام المباشرين كما في التبيين فان ربط بعير على
قطار بغير علم قائده فعطب به اي بالبعير المربوط
انسان ضمن عاقلة القائد الدية لانه قائد للكل فيكون
قائدا لذلك والقود سبب قريب لوجوب الضمان فلا
يسقط الضمان المتحقق بجهله ورجعوا اي عاقلة القائد
بها اي بهذه الدية على عاقلته اي الرابط قال صدر
الشريعة اقول ينبغي ان يكون في مال الرابط لان
الرابط اوقعهم في خسران المال وهذا مما لا تتحمله العاقلة
انتهى واجيب عنه بان الرابط لما كان متعديا فيما صنع صار
في التقدير هو الجاني واذا كان كذلك وجبت على عاقلته
فان قيل ان كل واحد منهما مسبب فكان ينبغي ان يجب
الضمان على القائد والرابط ابتداء اجيب بان القود
بمنزلة المباشرة بالنسبة الى الربط لاتصال التلف به
دون الربط فيجب عليه الضمان وحده ثم يرجع على
عاقلته قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لان الرابط
امر بالقود دلالة واذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ عنه ولكن
جهله لا ينفي وجوب الضمان عليه لتحقق الاتلاف

منه وانما ينفي الاثم فيكون قرارا على الرابط واما اذا
ربط والابل واقفة ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون به
على عاقلة الرابط لانه قائد بجميعها اذ به لا مربطا
ولاد لانه فلا يرجع بما لحقه على احد وتمامه في التبيين
فليطالع ومن ارسل بهيمة او كلبا وساقه بان يمشي خلفه
فاصاب احدهما ملوكا ضمن ما اصاب في فوره اي في فور
الارسال بان لا يميل يمنة او يسرة لان فعله ينتقل
الى المرسل بسوقه كما يضاف فعل المكره الى المكره فيما
يصلح آلة له وفي الطير لا يضمن وان ساقه والفرق ان
بدن البهيمة والكلب يحتمل السوق فاعتبر سوقه وبدن
الطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه
بمنزلة وكذا لا يضمن في الدابة والكلب اذا لم يسق لكون
كل واحد من الدابة والكلب مستقلا في فعله او انفلتت
اي الدابة بنفسها ليلا او نهارا فاصابت مالا او نفسا
لا يضمن صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار
قال محمد هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه
لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال وغيره وفي
الهداية اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت
في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه
ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة
انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق اخر سواه
وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد
الارسال في الاصطياد ثم سارت فاخذ الصيد
يحل صيده لان تلك الوقفة تحقق مقصود
المرسل وهذه الوقفة من الدابة تنافي مقصود

المرسل

المرسل فينقطع حكم الارسال بخلاف ما اذا ارسله
الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره حيث لا يضمن
المرسل وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق
تعد فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد
فمباح لا تسبب الا بوصف التعدي ولو ارسل بهيمة
فافسدت زرعا على فورها ضمن المرسل وان مالت
يمينا وشمالا وله طريق اخر لا يضمن وفي الكافي ومن
فتح باب قفص فطار الطير او باب الاصطبل فخرجت
الدابة وضلت لا يضمن الفاتح لانه اعترض على
السبب فعل فاعل مختار وقال محمد يضمن لان طيران
الطير هدر شرعا فكذا فعل كل بهيمة فكانه خرج بلا
اختيار فيضمن كما لو شق زق انسان فسال ما فيه ومن ضرب
دابة عليها راكب او نخسها اي الدابة والنخس الطعن
فنفحت او ضربت بيدها احدا مفعول نفحت وضربت
على سبيل التنازع او نفرت اي الدابة من ضربه
او نخسه وصدمت اي ضربت بنفسها احدا فالضمان على
هو اي الضارب الدابة او الناخس لا الراكب ان فعل
اي الضارب او الناخس ذلك اي الضرب او النخس
حال السير اي سير الدابة لان الضارب او الناخس
متعد في التسبب والراكب غير متعد فيترجح جانبه
في التغريم للتعدي وان اوقفها لا في ملكه ففعلها
اي ان اوقف الدابة راكبها في غير ملكه لانه اذا
اوقفها في ملكه لا يضمن الراكب ايضا وان نفحت
الدابة الراكب فمات فضمانه على الناخس اي على
عاقلته لانه متعد في التسبب ففيه الدية على

الدابة الناخس فقد مر حده بنفسه
لانه بمنزلة الجاني على
وان القدم

العاقلة وان فعل ذلك اي الضرب والنخس باذن الراكب
فهو كفعل الراكب ولا ضمان عليه في نفحتها لان
الراكب له ولاية نخس الدابة وضربها فاذا امر غيره
بما يملك مباشرته صح فعل المامور كفعل الآمر
لكن ان وطئت الدابة احدا في فورها من غير تمييل
يمنة او يسرة بعد النخس بالاذن فديته عليهما لانه
قد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما اذا
كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك
الحالة مضاف اليهما والاذن فيتناول فعله السوق
ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه
فالركوب وان كان علة للوطي فالنخس ليس بشرط
لهذه العلة بل هو شرط وعلة للسير والسير علة
للوطي وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا
فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات
فالدية عليهما لان الحافر شرط وهو علة لعلة اخرى
وهو الوقوع دون علة الجرح وكذا هذا ولا يرجع
الناخس على الراكب في الاصح لانه لم يامره بالايطاء
والنخس ينفصل عنه والتلف انما حصل بالوطي كما لو
امر صبيا يستمسك على دابة بتسييرها فوطئت
انسانا فالضمان على عاقلة الصبي ديته ولا يرجع
عاقلة الصبي بما غرموا من الدية على الامر لانه
امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وانما قال
في الاصح احترازا عما قيل يرجع الناخس على الراكب
بما ضمن في الايطاء لانه فعله بامره فرجع بما لحقه
من العهدة عليه وكذا لو ناول الصبي سلاحا

فقتل

فقتل به احدا فانه يضمن ولا يرجع على المناول وكذا
الحكم في نخسها ومنعها قائد او سائق يعني من قاد دابة
او ساقها فنخسها رجل آخر فانفلتت او اصابت في
فورها فالضمان على الناخس وكذا اذا كان لها
سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه كذا في الهداية
وان نخسها شيء منصوب في الطريق فالضمان على
من نصبه لان الناصب متعد بشغل الطريق
فاضيف اليه كانه نخسها بفعل نفسه ولا فرق بين
كون الناخس صبيا او بالغا لان الصبي كالبالغ
يؤخذ بافعاله فيكون الضمان في ماله وفي الكافي
نقلا عن المبسوط ان كان الناخس صبيا فهو كالرجل
في ان ضمان الدية يجب على عاقلته لانه يؤاخذ
بافعاله وقوله في الهداية واذا كان صبيا ففي ماله
يحتمل ان يراد به اذا كانت الجناية على المال او فيما
دون ارش الموضحة وان كان اي الناخس عبدا
فالضمان في رقبته فيدفعه المولى بالضمان او
يفديه وجميع ما سبق في هذا الفصل والذي قبله
ان كان الهالك آدميا فالدية على العاقلة وان كان
الهالك غيره اي غير الآدمي فالضمان في مال الجاني
لما تقرر ان العواقل لا يتحملون ضمان المال ومن
فقا عين شاة قصاب ضمن ما نقصها من حيث المالية
لان المقصود منها اللحم فقط دون العمل فلا يعتبر
فيها الا النقصان بلا تقدير وقيد بالقصاب لان في
العينين صاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ
وضمنه القيمة كاملة وان شاء امسكها وضمنه النقصان

كما في التبيين وفي عين الفرس او البغل او الحمار
او بعير الجزار او بقرته ربع القيمة لما روي انه عليه السلام
قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر
رضي الله عنه ولان اقامة العمل انما تكون باربع
اعين عيناها وعينا المستعمل لها فصارت كانها
ذات اعين فيجب الربع بفوات احدها وقال
الشافعي يجب النقصان كما في الشاة وكما في القصاب
لنفس بقيد فالحكم في كل بقرة وبعير ربع القيمة في
الواحدة وفي كل شاة النقصان وانما وضع المسئلة
في بقرة الجزار وجزوره لئلا يتوهم انها معدة للحم
فتكون حكمها حكم الشاة وترك في الاصلاح امثلة
شاة الى القصاب معللا بقوله لما فيه من مظنة
الاختصاص خصوصا عند ملاحظة التعليل وليس
بصحيح وجوابه ان وضع المسئلة في شاة للقصاب
ايضا كيلا يتوهم انها معدة للحم فلا يعتبر النقصان
فيما لا يتعلق باللحم بل يوجد نقصان في ما فيها
لكونها في حكم اللحم اعتبارا للمال

باب جنايات الرقيق والجناية عليه

لما فرغ من
بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه
شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد
واخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كما في
شروح الهداية ولقائل ان يقول انه ما وقع الفراغ
من بيان احكام جناية الحر مطلقا بل بقي منه
جناية الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب
فالاظهر ان يقال لما فرغ من بيان جناية الحر

على الحر

على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه
فلما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب كجناية الحر
لا يحط رتبة المملوك من المالك اعلم انهم اختلفوا
في موجب جناية العبد فقيل موجبها الارش لان
النصوص مطلقة من غير فصل الا ان للمولى ان
يتخلص بالدفع تخفيفا عليه وقيل موجبها الدفع
وللمولى ان يتخلص بالفداء ولهذا ابرأ المولى بهلاكه
ولو كان الموجب الاصلي غيره لما برئ بهلاكه لانه
يفوت محل به بالدفع لا الفداء جنايات المملوك لا توجب
الا دفعا واحدا لو كان محلا للدفع بان كان قنا
وهو الذي لم ينعقد له شيء من اسباب الحرية كالتدبير
وامومية الولد والكتابة والا اي وان لم يكن محلا
للدفع بان كان له شيء من اسباب الحرية المذكورة
فيما سلف فتوجب قيمة واحدة لو كان عن محل الدفع اي الدفع
ولا يخفى ان قوله والا يفيد ما صرح به من قوله
عن محل له فهو مستدرك بلا فائدة وفرع بقوله
فلو جنى عبد خطأ هكذا في الهداية وعزاها والتقييد
بالخطأ هنا انما يفيد في الجناية في النفس لانه اذا كان
عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد
لان خطأ العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب
المال في الجانبين اذ القصاص لا يجري بين العبد
والعبد ولا بين العبد والاحرار فيما دون النفس
هذا اذا كان العبد كبيرا واما اذا كان صغيرا فعمده
كالخطأ فان شاء مولاه دفعه اي العبد الجاني بالجناية
فيملكه ولي اي ولي الجناية وان شاء فداه بارشها اي

الجناية وذلك لان العبد لا مال ولا عاقلة ولا يمكن اهدار
الدم فجعلت رقبته مقام الارش الا انه خير المولى
بين الدفع والفدا لئلا يفوت حقه في العبد في الكلية
حالا قيد للدفع والفدا جميعا اما الدفع فلا عين ولا
تاجيل في الاعيان واما الفدا فلانه بدل العين
فيكون في حكمه ثم الاصل عند الامام ان الفدا هو
الارش وعندهما الاصل هو ان يصرف الحال
الى الجناية كما في العهد فاذا اختار المولى الفدا وليس
عنده ما يودي فالعبد عبده عند الامام ويودي
الارش متى وجد وعندهما ان لم يود الدية في الحال
فعليه الدفع الا ان يرضى الاولياء في الاقتصار
على العبد ايضا اي انه لو كسب العبد بعد الجناية كسبا
واختار المولى دفعه ولا يدفع الكسب اتفاقا ولو
ولدت امة بعد الجناية لا يدفع الولد عند صاحب المحيط
وذكر شيخ الاسلام انه يدفع الولد كما في البرجندي
فان مات العبد قبل ان يختار شيا من الدفع او الفدا
بطل حق المجني عليه لفوات محل الواجب وان
مات بعدما اختار المولى الفدا لا يبطل حقه اي
المجني عليه ولم يبرا المولى لتحول الحق حينئذ من رقبة
العبد الى ذمة المولى وبموت العبد لا تفسد ذمته
فان فداه المولى فجنى اي العبد ثانيا فالحكم كذلك
لانه قد طهر وخلص عن الجناية الاولى فيجب بالثانية
الدفع او الفدا وان جنى جنايتين دفعه اي المولى العبد
بهما اي بالجنايتين فيقتسمانه بنسبة حقوقهما
اي العبد المدفوع على قدر حقيهما او فداه بارشهما

اي بارش

الجناية الاولى

اي بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع
تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ثم اذا دفعه
اليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم
ارش جنايته وللمولى ان يفتدي من بعضهم وياخذ
نصيبه من العبد ويدفع الباقي اي غيره لاختلاف
الحقوق بخلاف ما اذا كان المقتول واحدا وله وليان
او اولياء حيث لم يكن له ان يفتدي من البعض ويدفع
الباقي الى البعض لاتحاد الحق فان باعه اي المولى
العبد الجاني او وهبه او اعتقه او دبره او استولدها
اي الجارية الجانية حال كونه غير عالم بها اي بالجناية
ضمن اي المولى الاقل من قيمته و الاقل من ارشه لانه
فوت حقه بما صنع فيضمنه في اقلهما بخلاف الاقرار
على رواية الاصل لان الحقوق لمقر له يخاطب بالدفع
او الفدا لانه ليس فيه اقل اكلكه لاحتمال صدقه
والحقه الكرخي بالبيع لزوال ملكه ظاهرا ونوبا عنهما
من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان
المستحق اخذه بغير عوض لكن في الهبة دون البيع
واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى
لان فعل المامور مضاف الى الامر ولو ضربه بعد العلم
فنقصه فهو مختار لانه حبس جزا منه وكذا وطي
البكر دون الثيب الا اذا اعتقها بخلاف التزويج
لانه عيب حكمي بخلاف الاستخدام لانه لا يختص
بالملك وكذا الاذن في التجارة وان ركبه دين
لان الاذن والدين لا يمنع الدفع وعند ابنا فهي
في قول واحد في رواية وما لكه ضمن الارش فقط

اقلهما بيان

وان عالما بها اي بالجناية ضمن الارش فقط بالاجماع
لانه صار مختارا للفدا كما لو علق اي المولى عتقه
بقتل زيد او رميه او شجه بان قال له ان قتلت
فلانا او رميت زيدا او شججت راسه فانت حر
ففعل اي قتل او رمى او شج كان المولى مختارا
للفدا في جميع ذلك وقال زفر لا يصير مختارا للفداء
لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد
الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا للفدا
وعليه القيمة ولنا ان تعليق العتق مع علمه بانه
يعتق عند القتل دليل اختياره فتلزمه الدية
وان قطع عبد يد حر حال كونه عمدا اي عامدا فدفع
العبد اليه اي الى الحر الذي قطع يده فاعتقه اي
المدفوع اليه فسرى اي القطع الى النفس فمات
فالعبد صلح بالجناية لانه قصد صحة الاعتاق صح م
ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها
ابتدا ولهذا لو نص عليه ورضي به جاز وكان مصالحا
عن الجناية وما يحدث منها وان لم يكن اعتقه اي
العبد المجني ومات من السراية يرد العبد على سيده
فيقاد او يعفى لانه ظهر ان الصلح كان باطلا
لانه وقع على المال وهو العبد عن دية اليد
اذ القصاص لا يجري بين الحر والعبد في الاطراف
وبالسراية ظهر ان دية اليد غير واجبة وان
الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لان الصلح
لا بد له من مصالح عنه وذلك لم يوجد فبطل
الصلح فوجب القصاص فالاولياء بالخيار ان شاؤا
عفوا

عفوا وان شاؤا قتلوه وكذا لو كان القاطع حرا فصالح
المقطوع يده على عبد ودفعه اي القاطع العبد اليه
اي الى المقطوع فان اعتقه المقطوع ثم سرى القطع
الى القتل فمات فهو اي العبد صلح بها اي بالجناية
وان لم يعتقه فسرى رد العبد اي القاطع وافيد
وعفي والوجه ما بينا فاتحد الحكم والعلة وفي
الهداية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن
اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب هناك
وهنا قال يجب قيل ما ذكر هنا جواب القياس فيكون
الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل
بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا
لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح
العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا
حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اما ههنا
الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها
على مال فاما اذا لم يبطل الجناية لم تمتنع
العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه
فالتخريج ما ذكرناه من قبل وان جنى عبد ماذون
مديون جناية خطأ فاعتقه اي سيده غير عالم
بها اي بالجناية ضمن اي السيد لرب الدين
الاقل من قيمته ومن دينه وضمن لولي الجناية
الاقل من قيمته اي العبد ومن ارشها اي الجناية
لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة
على الانفراد والدفع للاولياء والبيع للغرما فكذا
عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايضا من

الرقبة الواحدة علي تعذر كونه مملوكا بان يدفع
الي ولي الجناية ثم يباع للغرما فيضمنها السيد المعتق
بالاتلاف فان اعتقه بعد العلم فعليه قيمته لرب
الدين وارش الجناية لاولياء المجني عليه ولو ولدت
ماذونة مديونة بيباع الولد معها اي مع امه في دينها
اي الام الماذونة ولو جنت فولدت لا يدفع الولد في
جنايتها اي الجانية لولي الجناية والفرق ان الدين
وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها
فيسري الي الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان
وجوب الدفع في ذمة المولي لا في ذمتها فلا يسري
الي الولد ثم اعلم ان شرط السراية الي الولد ان تكون
الولادة بعد لحوق الدين اما اذا ولدت ثم لحقها
الدين لا يتعلق حق الغرما بالولد بخلاف الاكساب
حيث يتعلق الغرما بها سوا اكتسبت قبل الدين
او بعده ولو اقر رجل ان زيدا حرر عبده فقتل ذلك
العبد فاعل قتل ولي المقر خطا فلا شي له اي للمقر
يعني انما اذا كان لرجل عبد زعم رجل اخر ان مولي
ذلك العبد اعتقه ثم ان هذا العبد قتل وليا لهذا
الزاعم خطا فلا شي له لانه متي زعم ان مولاه اعتقه
فقد ادعي ديته علي عاقلته وابرا العبد والمولي
فلزمه ما اقر به ولم يصدق علي العاقلة بلا حجة وان
قال معتق علي صيغة المفعول قتلت اخا زيد قتله
خطا قبل عتقي وقال زيد بعده فالقول للمعتق
لانه منكر للضمان لانه اسنده الي حالة منافية
للضمان وهذا لان الوجوب في جناية العبد علي

للمولي

اي قال المولي اخذت منك الف قبل العتق وقالت الامة بل بعد العتق فالقول لها

المولي دفعا او فدا فلا يتصور وجوب الضمان في قتل
الخطا علي العبد في حالة رقه بحاله وان قال للمولي لامة
اعتقتها اي اعتقها امة نفسه قطعت علي صيغة التكلم
يدك قبل العتق وقالت الامة لا بل بعده فالقول لها
اي للامة لانه اقر بسبب الضمان ثم ادعي ما يبريه وهي
تنكر فالقول للمنكر وكذا القول في كل ما نال منها اي اخذ
المولي من الامة الا الجماع والغلة بان قال وطيتك وانت
امتي وقالت لا بعد العتق فيكون القول قوله وكذا
اذا اخذ من غلتها اي اكسابها لا يجب عليه الضمان وان
كانت مديونة وهذا عندهما وعند محمد لا يضمن المولي
الا شيا قايما بعينه يومر المولي برده علي الامة لانه
منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الي حالة معهودة
منافية له كما في المسئلة الاولي وكما في الوطي والغلة
وفي القيام اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم
ادعي التملك عليها وهي تنكر فالقول قول المنكر فلهذا
يومر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعي ما
يبريه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره اذهبت
عينك اليمني وعيني تلك صحيحة فذهبت وسقط القود
فقال المقر له لا بل فقات عيني وعينك ذاهبة ولي عليك
الارش فالقول للمقر له وعلي الفاقي الارش لان
الفقا حصل مضمونا بتصادقهما الا ان الفاقي يدعي
البراة وخصمه منكر فكان القول قوله ولو امر عبد محجور
او صبي صبيا بقتل رجل فقتله فالدية علي عاقلة
القاتل لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاه سوا
ولا شي علي الامر سوا كان عبدا محجورا او صبيا

لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لعدم اعتبارها شرعا ورجعوا
اي العاقلة على العبد بعد عتقه لان عدم اعتبار قول
العبد انما هو لحق المولى وقد زال حق المولى بالاعتاق
لا على الصبي الامر اي لا ترجع العاقلة على الصبي الامر
لنقصان الاهلية وفي التبيين لا ترجع العاقلة على
العبد ايضا لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على
العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وهذا اوفق
للقواعد الا ترى ان العبد اذا اقر بعد العتق بالقتل قبله
لا يجب عليه شيء لكونه اسنده الى حالة منافية للضمان
ولهذا لو حفر العبد بيرا فاعتقه مولاه ثم وقع فيه انسان
فهلك لا يجب على العبد شيء وانما يجب على المولى قيمته لان
جنايته لا توجب عليه شيا وانما توجب على المولى فيجب
عليه قيمة واحدة ولو مات فيه الف نفس فيقتسمونها
بالحصص ولو كان مامور العبد مثله بان امر العبد المحجور
عبدا محجورا مثله بقتل رجل دفع السيد العبد القاتل
او فداه ان كان القتل خطا او كان القتل عمدا او العبد
الماذون صغيرا لان عمد الصغير كالخطا ولا يرجع السيد على
الامر في الحال لان الامر قول وقول المحجور غير معتبر
فلا يواخذ به في الحال بل يجب ان يرجع للسيد عليه
اي على العبد بعد عتقه لزوال المانع وهو حق المولى
باقل من قيمته ومن الفدا لان القيمة ان كانت اقل من
الفدا فالمولى غير مضطر الى اعطا الزيادة على القيمة
بل يدفع العبد قال صدر الشريعة اقول ينبغي ان
لا يرجع بشيء لان الامر لم يصح والامر لم يوقعه في
هذه الورطة لكمال عقل المامور بخلاف ما اذا كان
للمامور

المامور صبيا انتهى وان كان القتل عمدا والمامور عبدا
كبيرا اقتص لانه من اهل العقوبة وفي النهاية هذا
الذي ذكر من الحكم لا يقتضي ان يكون الامر والمامور
محجورا عليهما لا محالة بل يكتفي بان يكون الامر محجورا
عليه لانه اذا امر العبد المحجور عليه العبد الماذون
وباقي المسئلة بحالها فالحكم كذلك واما لو كان الامر
عبدا ماذونا والمامور عبدا محجورا او ماذونا يرجع مولى
العبد القاتل بعد الدفع او الفدا على رقبة العبد
الامر في الحال بقيمة عبده لان الامر بامره صار غاصبا
للمامور فصار كاقراره بالغصب والعبد الماذون لو
اقر بالغصب يواخذ به في حال رقه بخلاف المحجور وان
قتل عبد حرين لكل منهما وليان فعفى احد وليي كل منهما
دفع السيد نصفه اي نصف العبد الى الاخرين او فداه
بدية لهما يعني للمولى الخيار ان شاء دفع نصف العبد
الى اللذين لم يعفوا من وليي القتيلين وان شاء فداه
بدية كاملة لانه لما عفى احد وليي كل منهما سقط القصاص
في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة
لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على
حدة فاذا سقط القصاص وجب ان ينقلب كله مالا
وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون الفا ويدفع
العبد لان نصيب العافيين سقط مجانا وانقلب
نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد
منهما نصف الدية او دفع نصف العبد لهما فيخير المولى
بينهما وان قتل العبد احدهما اي احد الحرين عمدا
وقتل الاخر خطا فعفى احد وليي العمد فدى السيد

بدية كاملة لولي الخطا وفدي بنصفها لاحد وليي العمد الذي لم يعف لان نصف الحق بطل بالعفو فبقي النصف وصار مالا ويكون خمسة الاف درهم ولم يبطل شي من حق ولي الخطاء وكان دفعهما في كل الدية عشرة الاف او دفعه اي دفع السيد العبد اليهم اي الي الاوليا اثلاثا ثلثاه لوليي الخطا وثلثه للذي لم يعف من وليي العمد وهذا عند ابي حنيفة فيضرب وليا الخطا بالكل وهو عشرة الاف وغير العافي بالنصف وهو خمسة الاف لان حقه في النصف وحقهما في الكل فصار كل نصف سهما فصار حق وليي الخطا في سهمين وحق غير العافي في سهم فيقسم العبد بين وليي الخطا وبين غير العافي اثلاثا ثلثاه لوليي الخطا وثلثه لغير العافي وعندهما دفعه اليهم ارباعا منازعه ثلاثه ارباعه لوليي الخطا وربعه لوليي العمد بطريق المنازعة فيسلم النصف لوليي الخطا بلا منازعة ومنازعة الغير يعني في النصف الاخر فينصف فلهذا انقسم ارباعا وان قتل عبد لاثنين قريبا لهما فعفا احدهما بطل حق الكل يعني اذا كان عبد بين رجلين فقتل العبد قريبا لهما كاخيهما فعفا احدهما بطل حق احدهما بطل حق الجميع عند ابي حنيفة فلا يستحق غير العافي شيا من العبد عن نصيبه الذي كان له من قبل وقالا يدفع غير العافي نصف نصيبه الي الاخر او يفديه بربع الدية اذ شا لان حق القصاص ثبت لهما في العبد علي الشيوع لان الملك لا ينافي في استحقاق القصاص عليه للمولي لانه مبقي علي اصل الحرية في حق الدم واذا وجب القصاص وجب لكل منهما نصف القود شايعا نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فاذا عفا احدهما

انقلب

انقلب نصيب الاخر وهو النصف مالا لان نصيبه شايع في كل العبد فما اصاب نصيبه الاخر وهو النصف سقط لان المولي لا يستوجب علي عبده مالا وما اصاب نصيب صاحبه ثبت وهو نصف النصف فهو الربع فيدفع نصف نصيبه او يفديه بربع الدية ولابي حنيفة ان القصاص وجب حقا لهما من غير تعيين فاحتمل انه وجب لكل منهما في كل العبد او في النصف متردد ابين نصفه ونصف صاحبه او فيهما شايعا وكل ذلك لا يمنع وجوب القود لان اجزا العبد في القود لا يتميز بعضها اولي من بعض فاذا انقلب الي المال احتمل وجوب القود لان اجزا العبد في القود ليس بعضها اولي من بعض فاذا انقلب الي المال احتمل وجوب الكل علي احتمال تعلقه بنصيب صاحبه وبطلان الكل علي احتمال التعلق بنصيبه ووجوب النصف بان يتعلق بهما شايعا والمال لا يجب بالشك وقيل محمد مع الامام فصل شروع في بيان الجناية علي العبد بعدما فرغ من بيان احكام جناية العبد علي غيره دية العبد قيمته لان العبد انقصها لا من الاحرار فان كانت قيمته قدر دية الحر او اكثر نقصت القيمة عن دية الحر عشرة دراهم وكذا لو كانت قيمة الامة كدية الحرة او اكثر يعني من قتل عبدا خطا يجب عليه قيمته ولا تزاد علي عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة الاف درهم او اكثر يقضي لوليه بعشرة الاف درهم الا عشرة دراهم وفي الامة اذا زادت قيمتها علي الدية يقضي بخمسة الاف درهم الا عشرة في الاظهر الروايتين وفي رواية الا خمسة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي يجب قيمة العبد والامة بالغة ما بلغت

لما روي عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم انهم اوجبوا في قتل
العبد قيمته بالغة ما بلغت وبه قالت الائمة الثلاثة ولابي
حنيفة ومحمد قوله تعالى فدية مسلمة الى اهله فانه اوجبها
مطلقا من غير فصل بين ان يكون حرا او عبدا والدية اسم للواجب
بمقابلة الادمية وهو ادمي فيدخل في النص وفي الغصب
يجب القيمة بالغة ما بلغت حتى اذا هلك العبد في يد
الغاصب فتجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لان ضمان
الغصب يكون باعتبار المالية لا باعتبار الادمية وكل ما
قدر من دية الحر قدر من قيمة الرقيق لان القيمة في
الرقيق كالدية في الحر لانها بدل الدم ففي يده اي يد
الرقيق نصف قيمته كما ان يد الحر نصف ديته ولا يزاد على
خمسة الاف الا خمسة لان اليد من الادمي نصفه فيعتبر
بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط مرتبته عن مرتبة
الحر وقيل يضمن في الاطراف حسابه بالغة ما بلغت ولا
ينقص منه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وهو
الصحيح كما ذكره في الدرر وفي العناية وقوله لا يزاد على
خمسة الاف الا خمسة اي لا يزاد على هذا المقدار قال في
النهاية هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية فانه ذكر في
المبسوط فاما اطراف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية
لانه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب
فيه القيمة بالغة ما بلغت الا ان محمدا رحمه الله قال في بعض
الرواية ان الاخذ بهذا القول يؤدي الى انه يجب بقطع
طرف العبد فوق ما يجب بقتله الى ان قال فلهذا لا يزاد
على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة الاف الا خمسة
وفي تنوير الابصار ويجب حكومة عدل في لحيته قال

في شرحه

في شرحه وهو رواية الاصل لان المقصود من العبد الخدمة
لا الجمال وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجب كمال القيمة لان
الجمال في حقه مقصود ايضا وفي المجتبى حلق راس عبد فلم
ينبت قال الامام ان شاء المولى دفعه اليه واخذ قيمته وان
شاء تركه ومن قطع يد عبده عمدا فاعتق فسرى اي القتل
اقتص منه ان كان وارثه سيده فقط والا اي وان كان له
ورثة غير سيده فلا يقتص هذا عند الشيخين وعند محمد
لا قصاص اصلا اي سواء كان وارثه سيده فقط او لم يكن
بل كان له ورثة غيره وعليه اي على القاطع ارش اليد وما
نقص الى حين العتق اي ما نقصه القطع الى ان اعتقه وانما
لم يجب القصاص فيما اذا كان له ورثة سواه لاشتباه من له
الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت
الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار
الحالة الثانية يكون الحق للورثة فيتحقق الاشتباه ويتعذر
الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى واذ الكلام فيما اذا كان
للعبد ورثة اخرى سوى المولى واجتماعهما لا يزيل الاشتباه
لان الملك يثبت لكل واحد منهما في احدى الحالتين ولا يثبت
على الدوام فيهما فلا يكون الاجتماع مفيدا ولا يفيد باذن
كل واحد منهما لصاحبه لان الاذن انما يصح اذا كان
الاذن مالكا ذلك بخلاف الموصى بخدمته لرجل وبرقبته
لاخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت
الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ومن
قال لعبديه احدكما حر فشجا اي العبدان بان شجهما احد
فبين المولى العتق في احدهما بعد الشج فارشهما اي ارش
شجة ذينك العبدين لهما اي للمولى لان العتق لم يكن

لم يكن نازلا في العين والشجة نصاف العين فبقيا مملوكين
في حق الشجة وان قتلا على صيغة المجهول قبل التعيين
ثم بين المولى العتق في احدهما فله اي للمولى دية حر وقيمة
عبد ان كان القاتل واحدا لا قيمة العبدين ولا دية حرين
والفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على
ما عرف في اصول الفقه فاعتبر انشاء في حق المحل وبعد الموت
لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا فيكون احدهما
بيقين حرا عند الموت فيكون الكل بنصفين بين المولى
والورثة لعدم الاولوية وان اختلف قيمتهما يجب على
القاتل نصف كل قيمة واحد منهما هذا اذا قتلا معا ولو
قتلهما واحد على التعاقب يجب عليه قيمة الاول للسيد
ودية الاخر لوارثه اذ بقتل احدهما تعين العتق بالضرورة
لمن اخذ ان قتل كلا اي كل واحد منهما واحد فقيمة العبدين
اي اذا قتل اثنان كلا من العبدين ولم يدر اولهما او قتلا
معا يجب على كل قاتل قيمة عبد قتله لان العتق المبهم
لا يتعين الا بالبيان وهو لا يتصور بعد الموت فلا يحكم
بعتق واحد منهما ومن فقأ عيني عبد فان شاء سيده
دفعه اي العبد اليه اي الى الفاقئ واخذ قيمته وان
شاء امسكه اي العبد ولا شيء له اي للمولى هذا عند ابي
حنيفة وعندهما ان شاء دفع العبد واخذ قيمته وان
شاء امسكه لكن امسكه فله اي للمولى ان يضمنه اي
الفاقئ نقصانه اي نقصان قيمة العبد لهما انه في
الجناية بمنزلة المال فاوجب ذلك تخيير المولى على
الوجه المذكور كما في سائر الاموال وله ان المالية
وان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير مهدرة

فيه

فيه وفي الاطراف ومن احكام الادمية ان لا ينقسم الضمان
على الجزء الفائت والقائم بل يكون بازاء الفائت لا غير
ولا يتملك الجثة ومن احكام المالية ان ينقسم على الجزء
الفائت والقائم فقلنا بانه لا ينقسم اعتبارا للادمية
ويتملك الجثة اعتبارا للادمية وهذا اولى مما قالا
لان فيما قالا اعتبار جانب المالية فقط فصل
وان جنى مدبر او ام ولد ضمن السيد الاقل من القيمة
ومن الارش اذ لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش
ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا يثبت الخيار بين
الكثير والقليل في متحد الجنس لاختياره الاقل بلا شبهة
فان جنى اي كل واحد من المذكورين جناية اخرى وقد
الامام شاركه ولي الجناية الثانية ولي الجناية الاولى في
القيمة ان دفعها اي القيمة اليه اي الى ولي الاولى بقضائه
ولا يطلب ولي الثانية من المولى شيئا لانه لا تعدي من
المولى بدفعها الى ولي الجناية الاولى لانه مجبور على
الدفع بالقضاء فيتبع ولي الجناية الثانية ولي الجناية
الاولى فيشاركه فيها ويقتسمانه على قدر حقهما والا اي
اي وان لم يدفع المولى القيمة الى ولي الجناية الاولى بقضاء
بل برضا فان شاء اتبع ولي الثانية ولي الجناية الاولى
وان شاء اتبع المولى لان جناية المدبر وام الولد انما توجب
قيمة واحدة فاذا دفعها الى الاول باختياره صار متعديا
في حق الثاني لان حصته وجبت عليه وليس له ولاية
على حقه فينفذ هذا الدفع في حصته واذا لم ينفذ دفع المولى
في حق الثاني فالثاني بالخيار ان شاء اتبع ولي الاولى
لانه تبين انه قبض حقه ظلما فصار به ضامنا فياخذ

حقه منه وان شا اتبع المولي لانه تعدى بدفع حقه اختيارا
منه لاجله بخلاف ما لو كان بقضا القاضي علي ما نبين ان شا
هذا عند الامام وعندهما يتبع حقه الجناية الثانية ولي
الاولي بكل حال اي سوا كان دفع المولي بقضا القاضي او برضاه
ولا شي علي المولي لان ما فعله باختياره بمنزلة ما فعله
بالقضا لانه ايصال الحق الي مستحقه ولم تكن الجناية الثانية
موجودة حينيذ حتي يجعل متعديا بالدفع وان اعتق
المولي المدبر وقد جني جنايات لا يلزمه الا قيمة واحدة
لان دفع القيمة فيه كدفع العين ودفع العين لا يتكرر
فكذا ما قام مقامه وام الولد كالمدبر في جميع ما ذكر
من احكام وان اقر المدبر بجناية خطا لا يلزمه شي في
الحال ولا بعد عتقه لان موجب جناياته علي المولي لا علي
نفسه واقراره علي المولي غير نافذ باب

غصب العبد والصبي والمدبر والجناية في ذلك لما ذكر حكم
المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد
منه وذكر حكم من يلحق به ولو قطع سيد يد عبده فغصب
اي العبد بان غصبه اخر فمات من القطع في يد الغاصب
ضمن الغاصب قيمته اي العبد مقطوعا لان الغصب
قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك
بافة سماوية فتجب قيمته اقطع وان قطع سيده اي العبد
يده عند الغاصب فمات من القطع بري الغاصب من
الضمان لان السراية مضافة الي البداية فصار المولي
متلفا فيصير مستردا فكيف لا يكون كذلك وقد استولي
عليه بحيث قطع يده وهو الاسترداد فيبرا الغاصب من
الضمان ولو غصب عبد محجور عبدا محجورا مثله فمات

المغصوب

المغصوب في يده اي الغاصب ضمن لان المحجور عليه مواخذ
بافعاله وهذا منها فيضمن حتي لو ثبت الغصب بالبينة يباع
فيه بالحال بخلاف اقواله حتي لو اقر بالغصب لا يباع بل
يواخذ به بعد العتق ولو غصب علي صيغة المفعول مدبر فجني
ذلك المدبر عند غاصبه ثم رده الي مولاه فجني عند سيده
او بالعكس بان جني عند سيده جناية ثم جني عند غاصبه
جناية اخري ضمن سيده قيمته لهما اي لولي الجنايتين
فيكون بينهما نصفين لان جناية المدبر وان كثرت قيمة
واحدة وانما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما في
السبب ورجع السيد بنصفها اي بنصف القيمة التي ضمنها
علي الغاصب لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب
كان عند الغاصب ونصفها بسبب اخر وجد عنده فيرجع
علي الغاصب بالسبب الذي لحقه من جهة الغاصب فصار
كانه لم يرد نصف العبد ودفعه الي رب الجناية الاولي في
الصورة الاولي وهي اذا جني المدبر عند غاصبه ثم عند
مولاه ثم رجع به ثانيا عليه اي علي الغاصب لان حق
الاول في جميع القيمة لانه حين جني في حقه لا يزاحمه
احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد الاول
شيا من بدل العبد في يد المولي فارغا ياخذه ليتم حقه
فاذا اخذه منه يرجع المولي ثانيا بما اخذه منه علي الغاصب
لانه استحق من يده بسبب كان عند الغاصب وهذا عند
الشيخين وعند محمد لا يدفعه اي نصف القيمة الذي رجع
به علي الغاصب لولي الجناية الاولي بل هو مسلم للمولي اذ
هو عوض ما اخذه ولي الجناية الاولي فلا يدفعه اليه
كيلا يودي الي اجتماع البدل والمبدل منه في ملك شخص

واحد لا يرجع ثانيا لان الذي يرجع به المولى على الغاصب
عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يرجع كيلا يتكرر
الاستحقاق وفي الصورة الثانية وهي ما اذا جنى المدبر
عند مولاه جناية ثم عند غاصبه اخرى يدفعه اي يدفع
المولى ما رجع به على الغاصب الى ولي الجناية الاولى ولا
يرجع المولى على الغاصب ثانيا بما دفعه الى ولي الجناية
الاولى بالاجماع لان الجناية الاولى صدرت من المدبر
وهو في يد المولى والقن في الفصلين اي فيما اذا جنى
عند غاصبه ثم عند مولاه كالمدبر الا ان الفرق بينهما
انه اي المولى يدفعه الى القن نفسه وفي المدبر يدفع
القيمة اي قيمة المدبر وحكم تكرار الرجوع والدفع كما في
المدبر اختلافا واتفاقا فانه اذا دفع القن اليهما رجع
بنصف قيمته على الغاصب وسلم له ذلك عند محمد وعندهما
لا يسلم له بل يدفعه الى الاول واذا دفعه اليه يرجع
في الفصل الاول على الغاصب ثانيا وفي الفصل الثاني
لا يرجع ولو غصب رجل مدبرا مرتين فجنى المدبر عنده
اي الغاصب في كل منهما اي في كل من المرتين غرم سيده
قيمته لهما اي لولي الجنايتين ورجع بها على الغاصب
ودفع نصفها اي القيمة الى ولي الجناية الاولى ورجع
به اي بالنصف عليه اي على الغاصب ثانيا اتفاقا
وصورة المسئلة انه غصب رجل مدبرا فجنى عنده جناية
ثم رده على المولى فغصبه ثانيا ثم جنى ذلك المدبر
عنده مرة اخرى يضمن المولى قيمة المدبر لولي الجنايتين
لانه يجعل القيمة نصفين لمنع رقبته بالتدبير فتجب
عليه قيمة واحدة بلا رقبة ثم رجع بتلك القيمة

على

على الغاصب لحصول كل من الجنايتين عنده ثم قيل هذه
المسئلة على الاختلاف السابق كالمسئلة الاولى وقيل
على الاتفاق والى القول بالاختلاف اشار بقوله وقيل
فيه خلاف محمد والفرق لمحمد ان في الاولى الذي يرجع
به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الثانية كانت
في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في
هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية
لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكر ومن غصب
صبيا حرا اي ذهب به بغير اذن وليه وذكره بلفظ الغصب
مشاكلة اذ الغصب لا يتحقق الا في الاموال والحر ليس
كذلك فمات اي الصبي في يده اي في يد الذاهب به فجأة
او بحمى فلا شيء عليه وان مات بصاعقة او نهش حية
فعلى عاقلته اي الذاهب ديته اي دية الصبي استحسانا
والقياس ان لا يضمن وهو قول زفر والشافعي لان
الغاصب في الحر لا يتحقق وجه الاستحسان انه ضامنه
لا بكونه غاصبا بل لتسبيبه لاتلافه بنقله الى مكان
فيه الصواعق والحيات بخلاف الموت فجأة او بحمى لان
ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان
تغلب فيه الحمى والامراض كالطاعون وغيره فانه
يضمن ويجب الدية على العاقلة لقتله بالنقل تسبيبا
قال في العناية فعلى هذا قيل في الحر الكبير اذا نقل الى هذه
الاماكن تعديا فاصابه شيء من ذلك اجيب حكمه ان ينظر
ان كان النقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لان
المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما فعل به فيجب الضمان
على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان

لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع تمكنه من الحفظ
كان المتلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن
فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير كالعبد حيث لا يمكنه
حفظ لنفسه انتهى ولو قتل صبي عبدا مودعا عنده
ضمن عاقلته يعني لو اودع مولى العبد عبده عند صبي
فقتله ذلك الصبي ضمن عاقلة الصبي قيمة العبد فان
اكل الصبي طعاما او اتلف مالا اودع عنده فلا ضمان
عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والشافعي
لانه اتلف مالا معصوما متقوما حقا لمالكه فيجب عليه
ضمانه ولابي حنيفة ومحمد ان المال غير العبد ليس بمعصوم
لنفسه بل معصوم لحق المالك وقد فوت العصمة على نفسه
حيث وضع ماله في يد الصبي بخلاف العبد فان عصمته
لحق نفسه اذ هو مبقي على اصل الحرية في حق الدم فلهذا
قلنا بضمان العاقلة قيمة العبد ولو اودع على صيغة
المجهول عند عبد محجور مال فاستهلكه اي المال ضمن
العبد بعد العتق لا في الحال عند ابي حنيفة ومحمد
خلافا له اي لابي يوسف فانه يؤاخذ به في الحال عنده
والاقراض والاعارة كالايداع فيهما اي في العبد والصبي
والدليل من الجانبين ما مر انفا والمراد بالصبي العاقل
كما شرط محمد في الجامع الصغير وفي الجامع الكبير وضع
المسئلة في صبي عمره اثني عشر سنة وذكر دليل
على ان الغير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر
منه وفعله معتبر ولهذا قال وفي غير العاقل يضمن بالاتفاق
لما بينا ان التسليط منه غير معتبر لعدم عقله وفعله
معتبر فلهذا قلنا بالضمان كما يضمن العاقل ايضا مالا

اتلفه

اتلفه بلا ايداع ونحوه

كتاب القسامة

لما كان امر القتيل في بعض الاحوال يؤول الى القسامة اوردها
في اخر الديات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع
الاقسام وفي الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة او دار وجد
فيها قتيل به جراحة او اثر ضرب او خنق ولا يعلم من قتله
يقسم خمسون رجلا من اهل المحلة يقول كل واحد منهم
من قتله يقسم خمسون رجلا من اهل المحلة يقول كل واحد
منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسببها وجود القتيل
كما ذكرنا وركنها اجراء اليمين على لسان كل واحد من الخمسين
بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا كما سيجيء وشرطها بلوغ
المقسم وعقله وحريته وان يكون في البيت الموجود على
الكيفية المذكورة وتكميل اليمين خمسين فان لم يبلغ
المقسمون هذا العدد يكرر عليهم اليمين حتى يبلغ
الخمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية بعد الحلف والحبس
الى الحلف ان ابوا اذا ادعى العمد والحكم بالدية عند النكول
ان ادعى الولي القتل خطأ ومن محاسنها خطر الدماء و
صيانتها عن الاهدار وخلاص من يتهم بالقتل عن
القصاص وتعيين الخمسين ثبت بالاحاديث المشهورة
الواردة في باب القسامة اذا وجد ميت في محلة به اي
بالميت اثر القتل من جرح او خروج دم من اذنه او عينه
لانه لا يخرج الدم منهما عادة الا من شدة الضرب
فيكون قتيلا ظاهرا فيجري عليه احكامه او اثر خنق
او اثر ضرب ولم يدر قاتله اذ لو علم قاتله سقط القسامة
عن اهلها وادعى وليه قتله اي الميت على اهلها اي على
اهل المحلة كلهم او بعضهم عمدا او خطأ ولا بينة له اي

للولي حلف على صيغة المجهول جواب اذا خمسون رجلا منهم
اي من اهل المحلة يختارهم الولي صفة خمسون وانما كان
الاختيار للولي لان اليمين حقه فيختار من يتهمه
بالقتل كالفسقة او الشبان او صالحي اهل المحلة لتحرزهم
عن اليمين الكاذبة اكثر مما يتحرزه الفسقة فاذا علموا
القاتل فيهم اظهروه ولم يحلفوا ولو اختار في القسامة
اعمى او محدودا في قذف جاز لان هذه يمين وليست
بشهادة فيعتبر اهلية اليمين بخلاف اللعان لانه
شهادة وهما ليسا باهل للشهادة بالله ما قتلناه ولا علمنا
له قاتلا فقوله بالله متعلق بحلف اي يحلف كل واحد
منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا ولا يجمع معه غيره
في اسناد نفي القتل لانه يجوز ان يكون قاتلا وحده
وينوي بلفظ الجمع ان يكون قاتلا مع الجماعة وكذا
العلم فانه يجوز ان يكون عالما بالقتل وحده وينبغي
غيره عالما به فان قيل اي فائدة في قوله ما علمت له
قاتلا مع ان شهادة اهل المحلة غير مقبولة قلنا فائدة
تعيين محل الخصومة فان الولي قد يعجز عن تعيينه
وقد يظن عن القاتل قاتلا ثم قضي على صيغة المجهول
على اهلها اي المحلة بالدية لوجود القتل بينهم والاصل
في ذلك ما روي ابن عباس ان النبي عليه السلام كتب
الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فالذي
يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت
في بني اسرائيل فانزل الله على موسى امرا فان كنت نبيا
فاسأل الله مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى اراني
ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله

ما قتلنا

ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد
قضيت فينا بالناموس اي بالوحي وما تم خلقه كالكبير
اي اذا وجد سقطا او جنينا تام الخلق به اثر من الاثار
المذكورة فهو كالكبير في الاحكام المذكورة لان تام الخلق
الخلق ينفصل حيا ظاهرا وان كان ناقص الخلق فلا شي
عليهم لانه انفصل ميتا ظاهرا ولا يحلف الولي وان كان
لوث اي عداوة خلافا للشافعي فانه قال اذا كان
هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا فان حلفوا
يقضي بالدية على المدعى عليه عمدا كانت دعوى القتل
او خطأ في قول وفي قول يقضي بالقود اذا كانت الدعوى
في العمد وهو قول مالك وان نكل المدعي عن اليمين حلف
المدعى عليهم فان حلفوا ابروا ولا شيء عليهم وان نكلوا
فعليهم القصاص في قول والدية في قول واللوث عنده
قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي بان يكون
هناك علامة القتل على واحد بعينه كالدم او ظاهر
يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة
غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر
شاهدا له حلف اهل المحلة على ما قلنا والاختلاف
في موضعين في تحليف المدعي اولا وفي براءة اهل
المحلة باليمين فان نقص اهلها اي اهل المحلة عن
الخمسين كررت اليمين عليهم الى ان يتم خمسون لان
اليمين واجب بالنص فيجب اتمامها ما امكن ولا تشترط
معرفة الحكمة في هذا العدد الثابت بالنص وقد روي عن
عمر رضي الله عنه انه قضى بالقسامة وعنده تسعة
واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم ليتم

به يحنثون ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي مثله
ومن نكل منهم عن اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين
واجبة فيه تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع فيه بين
اليمين والدية بخلاف النكول في الاموال ولهذا اذا
ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة او على بعض
منهم غير معين والدعوى في العمد والخطا سواء ولو
ادعى منهم بعينه انه قتل عمدا او خطا فكذلك الحكم
على ما ذكر في المبسوط وعن ابي يوسف في غير رواية
الاصول انه تسقط القسامة والدية عن الباقين
في القياس كما لو ادعى على احد من غيرهم وفي الاستحسان
تجب القسامة والدية على اهل المحلة لاطلاق النصوص
ومن قال منهم للمستحلف قتله فلان
استثناه عنه الا عن عابد الي من وصل المقتول
الي فلان في يمينه بان يقول بالله ما قتلته ولا
علمت له قاتلا الا فلانا لانه قد يريد اسقاط
الخصومة عن نفسه بقوله قتله فلان فلا يقبل
قوله فيحلف كما ذكرنا وان ادعى الولي القتل على
غيرهم اي على رجل من غير اهل المحلة سقطت
عنهم اي عن اهل المحلة اما اذا ادعى على واحد من
اهل المحلة بعينه لا تبطل القسامة والدية على
اهلها وعن ابي حنيفة في رواية تكون ذلك ابرا
منه لاهل كما في الخانية ولا تقبل شهادتهم
اي اهل المحلة به اي القتل على غيرهم اي على
غير اهل المحلة الذي ادعى الولي القتل عليه
هذا عند ابي حنيفة خلافا لهما لبرائتهم
من التهمة

من التهمة بادعا الولي القتل على غيرهم كالوصي اذا خرج
عن الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد لا تقبل شهادته
واصله ان من صار خصما في حادثة لا تقبل شهادته
فيها ومن كان بعرضية ان يصير خصما ولم ينتصب
خصما بعد تقبل شهادته وهذان الاصلان متفق
عليهما عند الكل غير انهما يجعلان اهل المحلة ممن له
عرضية ان يصير خصما وهو جعله ممن انتصب خصما
وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل منها
ذكر الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند الحاكم ثم عزل
لا تقبل شهادته والشفيع اذا طلب الشفعة ثم
تركها لا تقبل شهادته بالبيع اذا لم يخاصم الوكيل
ولم يطلب الشفعة الشفيع فتقبل شهادتهما لكونهما
في عرضة الخصومة وفي الذخيرة اذا وجد القتيل في
في محلة وادعى اهل المحلة ان فلانا قتله دونهم
واقاموا على ذلك بينة من غير محلتهم جازت الشهادة
وثبت لهم البراءة عن القسامة والدية ادعى ولي
القتيل ذلك او لم يدع بخلاف ما اذا عينوا رجلا من
اهل المحلة فان الدية والقسامة على اهل المحلة
في الشرع على حالها ولم يتضمن ذلك براءتهم وروي
عن الطرفين ان القسامة تسقط وفي التبيين ودعوى
الولي على واحد من غير اهل المحلة تسقط القسامة
عنهم وعلى معين منهم لا وهذا ان ادعى الولي اما
اذا ادعى المجروح فقال قتلني فلان ثم مات
واقام وارثه بينة على رجل اخر انه قتل لا
تقبل بينته ولا تقبل شهادة اهل المحلة على

بعضهم ان الادعاء اي الولي اهمل الا ان الخصومة قايمة
مع الكل فاما انهم كانوا خصما في هذه الحادثة وبالشهادة
تنقطع الخصومة على نفسه فكان متهما في هذه الحالة
الشهادة فلا تقبل شهادته وفي رواية عن ابي يوسف
انها تقبل فكان الاولى ترك قوله اجماعا ووجود
اكثر البدن او نصفه مع الراس في المحلة كوجود كله
لان هذا قتيل وجد في محلة فلا كر علم الكل ولا قسامة
على صبي ولا على مجنون لان اليمين يجري على قول
صحيح ولا لكن فيهما قول صحيح على قائل ولا على
امراة ولا على عبد حيث لم يكونا من اهل النصرة
واليمين على اهلها الا اذا جعل كلا كل منهما قاتلا
ولا قسامة ولا دية في ميت لا اثر به من الضرب
او يخرج الدم من فمه او انفه او دبره او ذكره لان
الدم يسيل في هذه المواضع بعلة فلا يكون
قتيلا لان القتيل عرفا هو فايت الحياة بسبب
مباشرة الحي عادة والقسامة شرعت في المقتول
وهو انما في الميت حتف انفه بالامر في لا اثر
به فهو ميت فلا حاجة بنا الى صيانة دمه عن الهدر
ومن به اثر فهو مقتول وبنا حاجة الى صيانة دمه
عن الهدر وذا ان يكون به جراحة او اثر ضرب
او خنق وكذا اذا خرج الدم من عينه او اذنه
لان الدم لا يخرج منهما عادة الا بجرح في الباطن
او وجد في محلة اقل من نصفه ولو كان الاقل مع
الراس او وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد
يده او رجله او راسه فلا شي عليهم منه لان الموجود

لبس

ليس بقتيل اذ الاقل ليس كالكل ولان هذا يؤدي الى تكرار
القسامة والدية في قتيل واحد فانا لو اوجبنا النصف
في هذه المحلة القسامة والدية على اهلها لوجد بدا من ان
توجب اذا وجد النصف الاخر في محلة اخرى القسامة والدية
على اهلها وتكرار القسامة والدية في قتيل واحد غير مشروع
والاصل ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي
تجري فيه القسامة لا يجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي
لا يجري فيه القسامة يجب والمعنى ما بينا وان وجد القتيل
على دابة يسوقها اي الدابة رجل فالدية على عاقلته اي عاقلة
السايق سوا كان السايق مالكا للدابة او غير مالك لا اهل
المحلة لانه في يده لا في ايديهم وكذا اي تجب على عاقلة القايد
او عاقلة الراكب لو كان يقودها او راكبها لانه في يده فصار
كما اذا كان في داره وان اجتمعوا اي السايق والقايد
والراكب فعليهم اي تجب الدية عليهم لانه في ايديهم فصار كما
اذا وجد في دارهم ولا يشترط ان يكونوا مالكين للدابة
بخلاف الدار والفرق ان تدبير الدابة اليهم وان لم يكونوا
مالكين لها وتدبير الدار الى مالكها فان لم يكن سكانا
فيه وقيل القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا
لا فرق بينهما وبين الدار وان وجد قتيل على دابة بين
قريتين فعلى اقربهما اي اقرب القريتين الى القتيل الذي
وجد على ظهر الدابة التي مرت بين القريتين لما روي انه
عليه السلام امر في قتيل وجد بين قريتين بان يذرع
فوجد اقرب الى احدهما بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية
واشتراط سماع الصوت من القريتين ولم يقيده المص هنا
بهذا القيد تبعا للكنز قال شارحه الزيلعي هذا محمول

علي ما اذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت واما اذا كانوا بحيث لا يسمع
منهم الصوت فلا شيء عليهم لانهم انه اذا كانوا بحيث يسمع منهم
الصوت يمكنهم الغوث فيتسبون الي التقصير في النصرة وان
كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت فلا ينسبون الي التقصير
في النصرة انتهي وقد صرح بهذا القيد في الولوالجية حيث
قال ولو وجد القتيل بين القريتين ينظر الي ايهما اقرب
وانما تجب القسامة والدية علي اقرب القريتين اذا كان بحال
يسمع منه الصوت اما اذا كان بحال لا يسمع منه الصوت
لا يجب علي واحدة من القريتين ويراعي حال المكان الذي
فيه القتيل ان كان مملوكا تجب القسامة علي الملاك والدية
علي عاقلتهم وان كان مباحا لكنه في ايدي المسلمين تجب
الدية في بيت المال وفيه ايضا ولو وجد قتيل في ارض
رجل في جانب قرية ليس صاحب الارض من اهل القرية فهو علي صاحب الارض لان العبرة للملك والولاية فان وجد
قتيل في دار نفسه فعلي عاقلته اي تجب الدية علي عاقلة
القتيل لورثته عند الامام وعندهما لا شيء فيه لانه لما
وجد قتيلا في دار نفسه جعل كانه قتل نفسه ومن قتل نفسه
يهدر دمه وقال الامام انما وجبت الدية علي عاقلته لانه
لو وجد غيره قتيلا في ذلك الموضع كانت الدية علي عاقلته
لان السبب وجود القتل في ذلك الموضع كما نص عليه بن عمر
رضي الله عنه حين وجد قتيلا كانت الدار مملوكة لورثته
لا له لانه ميت ليس من اهل الملك فلهذا كانت الدية
علي عاقلته فان وجد اي القتيل في دار انسان فعليه
اي علي ذلك الانسان القسامة لان التدبير في حفظ
الملك الخاص الي المالك وعلي عاقلته الدية لان نصرته وقوته
بهم وان كانت العاقلة حضورا يدخلون في القسامة ايضا
اي لصاحب

اي لصاحب الدار عند الامام ومحمد خلافا لابي يوسف فانه
قال لا قسامة علي العاقلة لان رب الدار اخص بها من
غيره فلا يشاركه غيره في القسامة كاهل المحلة فانه
لا يشاركهم عواقلهم فيها ولهما ان الحضور لزمهم نصرة
الموضع كما يلزم رب الدار فيشاركون في القسامة والا اي
وان لم تكن العاقلة حضورا بل كانوا غائبين كررت الايمان
عليه اي علي رب الدار ووجبت الدية علي العاقلة لما تقدم
والقسامة علي الملاك دون السكان عند ابي حنيفة ومحمد
يعني اذا كان في المحلة سكان وملاك فالقسامة علي الملاك
عندهما وعند ابي يوسف علي الجميع لان ولاية التدبير
كما تكون بالملك تكون بالسكنى ولانه عليه السلام قضي
بالقسامة والدية علي اهل خيبر وقد كانوا سكانا ولان
وجوبها عليهم لالتزامهم الحفظ او بوجود القتيل
بينهم والكل في ذلك سواء اذ كانوا ينتقلون الي اهليهم
بالليل مثل الخياط والصباغ يكونون بالنهار في موضع
وينصرفون الي اهلهم بالليل فلا شيء عليهم ولهما ان
التدبير في حفظ المحلة الي الملاك دون السكان لان
السكان ينتقلون في كل وقت من محلة الي محلة دون
الملاك ولان ما يكون من الغنم وهو الشفعة يختص به
الملاك فكذا ما يكون من الغرم واما اهل خيبر فكانوا
ملاكا لا سكانا الملاك هم اصحاب الرقبة والسكان هم
المستاجرون والمستعيرون والمودعون والمرتهنون واذا
وجد الضيف في دار المضيف قتيلا فهو علي رب الدار
عند الامام وقال ابو يوسف ان كان نازلا في بيت علي
حدة فلا دية ولا قسامة واذا كان مختلطا فعليه الدية

والقسامة وهي اي القسامة على اهل الخطة اي اصحاب الاملاك
القديمة الذين تملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين
الغانمين ولو بقي منهم اي من اهل الخطة واحد دون المشترين
هذا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف على المشترين
ايضا لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ
وبهذا جعلوا مقصرين وولاية الحفظ باعتبار الكون
فيه وقد استووا فيها كالدار المشتركة بين واحد من اهل
الخطة وبين المشتري ولو كان للخطة تاثير في التقدم
لما شاركه المشتري ولهما ان صاحب الخطة هو المختص
بتدبير المحلة والمحلة تنسب اليه دون المشترين وقلما
يزاحمه المشتري في التدبير والقيام بحفظ المحلة فكان
هو المختص بالقسامة ووجوب الدية دون المشتري وقيل
انما اجاب ابو حنيفة بهذا بناء على ما شاهده من عادة
اهل الكوفة في زمانه ان اصحاب الخطة في كل محلة يقومون
بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك وان لم يبق من
اهل الخطة احد فعلى المشترين بالاتفاق اي اذا لم يبق
من اهل الخطة احد بان باعوا كلهم فالقسامة والدية على
على المشترين لانه زال من يتقدمهم او يزاحمهم فانتقلت
الولاية اليهم عندهما وعند ابي يوسف حصلت لهم الولاية
لزوال من يزاحمهم والفرق بين التعليلين خفي نظهر
بالتامل وان بيعت دار فلم تقبض فوجد فيها قتيل ففي
البائع اي يجب القسامة والدية على عاقلة البائع عند
الامام وعندهما على المشتري لانه انما انزل قاتلا
باعتبار التقصير في الحفظ والملك للمشتري قبل القبض
في البيع البات فلهذا وجبت عليه القسامة والدية

فلو ان

كراس
٥٦
٥٥١

وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك واليد قبل القبض
للبائع فكان مقصرا في الحفظ فوجب عليه وفي البيع
بخيار على عاقلة ذي اليد عند ابي حنيفة وعندهما
على من يصير الملك له لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير
في الحفظ فلا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية
تستفاد بالملك ولهذا لو كانت الدار وديعة يجب الدية
على صاحب الدار دون المودع وما شرط فيه الخيار يعتبر
فيه قرار الملك وله ان الحفظ انما يكون في الايدي لانه
يقدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقدر عليه بالملك
بدون اليد والحاصل انه اعتبر اليد وهما اعتبرا الملك ان وجد
والا فيتوقف على قرار الملك ولا تدي عاقلة ذي اليد
الا بحجة انها اي الدار له يعني اذا كانت دار في يد رجل
فوجد فيها قتيل لا تعقله عاقلته حتى يشهد الشهود
انها لصاحب اليد واليد وان كانت تدل على الملك الا انها
محتمله فلا تكفي لايجاب الضمان على العاقلة كما لا تكفي
لاستحقاق الشفعة في الدار المشفوعة لان ما ثبت
بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع كما عرف
في الاصول ولا فرق في ذلك بين ان يكون القتيل الموجود
فيها هو صاحب الدار او غيره وان وجد اي القتيل في دار
مشتركة بينهم مختلفة بان كان نصفها لرجل وعشرها
لآخر والآخر ما بقي فالقسامة والدية على الروس لان هذا
الحكم مضاف الى ولاية الحفظ وعند التقصير فيه يثبت
احكام القتل بدلالة الملك وولاية الحفظ ثابتة لهم على
السواء والدلالة واحدة لا يختلف اثرها بتفاوت الملك
فكان على عدد الروس كالشفعة وان وجد اي القتيل

في سفينة فعلى من فيها اي في السفينة من الملاحين والركاب جمع راكب اي يجب القسامة والدية على من كان في السفينة من اربابها وسكانها المالك وغير المالك في ذلك سوا لانهم في تدبيرها سوا اذا اعترتهم امر الماء على مذهب ابي يوسف ظاهر لتسويته في الدار بين السكان والملاك واما على قولهما فلان السفينة تنقل وتحول فتكون في اليد حقيقة فانها مركب كالدابة وان وجد في مسجد محلة فعلى اهلها لانهم احق الناس بالتدبير فيه وان وجد القتيل بين قريتين فعلى اقربهما اي القريتين الى القتيل لما روينا سابقا وان وجد في سوق مملوك فعلى المالك عند الامام وعند ابي يوسف على السكان سوا كانوا ملاكا او غير ملاك قال صاحب التسهيل اقول ينبغي ان يشارك الملاك السكان عند ابي يوسف كما في مسئلة الدار وفي غير المملوك من الاسواق كالشوارع جمع شارع وهو الطريق الاعظم على بيت المال اي يجب الدية على بيت المال بدون قسامة لان المقصود بالقسا نفي تهمة القتل وهذا لا يتحقق في حق العامة وفي الدرر اعلم ان الطريق ينقسم ابتدا الى قسمين احدهما طريق خاص وهو ما يختص به واحد او اكثر ويكون له مدخل ومخرج والاخر طريق عام وهو ما لا يختص به واحد او اكثر ويكون له مدخل ومخرج وهو يسمى ايضا بالشارع وهو ايضا قسمان احدهما شارع المحلة وهو ما يكون المرور فيه اكثر لاهل المحلة وقد يكون لغيرهم ايضا وهذا ما قال في الينابيع وفي مسجد محلة على اهلها كما لو وجد في شارع المحلة والاخر الشارع الاعظم وهو ما يكون مرور جميع

الطوايف

الطوايف فيه على السوية كالطرق الواسعة في الاسواق وخارج البلدان وهذا ما قال صاحب الهداية ومن وجد في الجامع والشارع الاعظم فلا قسامة فيه هكذا يجب ان يعلم هذا المقام حتى تندفع الشبهة وتضمحل الاوهام انتهى وقال صاحب النهاية في شرح قول صاحب الهداية وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة فعلى بيت المال انما اراد بها ان تكون نائية عن المحال واما الاسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ اهل المحلة فتكون القسامة والدية على اهل المحلة انتهى وقال الزيلعي في شرح قول صاحب الكنز وفي مسجد محلة على اهلها وفي الجامع والشارع لا قسامة والدية على بيت المال لان التدبير في مسجد المحلة اليهم والجامع والشارع للعامة ثم قال بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها والتي في المحال والمساجد التي فيها حيث يجب القسا على اهل المحلة وعلى الملاك على الاختلاف الذي ذكرنا لانها محفوظة بحفظ اربابها او بحفظ اهل المحلة انتهى ونحوه وفي البزازية وقد افتى بعض الفضلا بوجوب القسامة والدية على اقرب المحلات وقال وانما يكون على بيت المال فيما اذا كان الشارع نائيا عن المحلات نص على ذلك في شرح الهداية وعامة كتب الفتاوى انتهى وانما اطنبنا الكلام في هذا المقام لما يفهم من اطلاق المتون ان الدية فيما ذكر على بيت المال من غير تقييد بالبعد عن المحلات ولا يبعد ان اعتبار هذا التقييد ~~بالبعد عن المحلات [illegible]~~ كما هو في اكثر المعتبرات وكذا تجب الدية على بيت المال ان وجد القتيل في المسجد الجامع لانه للعامة لا يختص به

واحد دون واحد وكذا ان وجد في السجن عند ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف على اهل السجن فعند ابي حنيفة
ومحمد لا يجب القسامة والدية في بيت المال لهما ان اهل
السجن مقهورون في السكون في ذلك الموضع فقلما يقومون
بحفظه والتدبير فيه ثم ذلك الموضع معد لمنفعة المسلمين
فدية القتيل الموجود فيه تكون على بيت المال وابو يوسف
اعتبر كونهم سكانا وهم الذين يقومون بتدبير ذلك
الموضع ما داموا فيه فالظاهر ان القتل حصل منهم
قالوا وهذا الاختلاف بناء على مسئلة الملاك والسكان
كذا في الكافي وان وجد في برية بتشديد الرا والياء
الصحراء ليس بقربه هكذا في عامة النسخ بضمير المذكور
فان صح تكون التذكير باعتبار الموضع او المكان والجملة
صفة لبرية قرية يسمع منها اي القرية الصوت الجملة
الجملة الفعلية صفة لقرية فهو هدر اما اذا سمع منها
الصوت تكون فنا العمران وهو احق بالتدبير فيه
لرعي مواشيهم الا يرى انه ليس لاحد ان يحيي ذلك الموضع
بغير رضاهم واما اذا لم يسمع منها الصوت الواقع في البرية
فبعد ذلك الموضع من جملة الموات فلا يجب فيه شيء ولا
يوصف اهل القرية بالتقصير لان القتيل بهذه الحالة
لا يلحقه الغوث بتصويته وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد
فان كانت فالقسامة والدية على عاقلته وكذا لو وجد
في وسط الفرات كان في المغرب هو نهر الكوفة والمراد
به النهر العظيم لا بخصوص نهر الفرات فكانه كالوعاليهم
ولهذا قال في المبسوط اذا وجد القتيل في نهر عظيم يجري
به الماء فلا شيء فيه وذكر الوسط ليس بقيد احترازي

لان حكم

لان حكم الشط كحكم الوسط ما دام يجري بالقتيل ماؤه وان
وجد محتبسا بالشط اي جانبي النهر فعلى اقرب القرى منه
اي من الشط لان الشط في ايديهم بحيث يستقون منه
ويردون دوابهم عليه فكانوا احق بتدبيره فكان ضمان
المحبس فيه عليهم ولو كان نهرا صغيرا لقوم معروفين
فالقسامة والدية عليهم لانهم احق الناس بالانتفاع به
سقيا لاراضيهم والتدبير في كريه واجراء الماء منه اليهم فكان
بمنزلة المحلة والنهر الصغير ما يستحق بالشركة فيه
الشفعة وما لا يستحق بالشركة فيه الشفعة وهو ما لا يستحق
فهو نهر عظيم كالفرات وجيحون كذا في الكافي وان التقى
قوم بالسيوف ثم اجلوا اي انكشفوا وتفرقوا عن قتيل
فعلى اهل المحلة لان حفظ المحلة في مثل ذلك واجب على
اهلها فحيث قصروا في الحفظ وجب عليهم القسامة والدية
الا ان يدعي ولي القتيل على القوم الذين التقوا به
واجلوا او على واحد معين منهم فتسقط اي القسامة
والدية عنهم اي عن اهل المحلة لانه بدعواه حينئذ يبرئ اهل
المحلة عن القسامة والدية ولا يثبت القتل على اولئك
القوم الذين التقوا واجلوا الا بحجة اذ بمجرد الدعوى لا يثبت
الحق لقوله عليه السلام لو خلي الناس بدعواهم لادعى
قوم دماء قوم واموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على
من انكر ولو وجد اي القتيل في معسكر اي موضع عسكر
بارض غير مملوكة لاحد فان وجد في خباء هو الخيمة من
الصوف او فسطاط وهو الخيمة العظيمة فعلى من فيه اي في
الخبا او الفسطاط والا فعلى الاقرب اي يجب الدية
والقسامة على اهل ذلك الخبا او الفسطاط الاقرب منه

اي من القتيل لان المعتبر التدبير الموضع الذي لا ملك لاحد فيه
قالوا هذا اذا نزلوا قبايل متفرقين واما اذا نزلوا جملة
مختلطين فالدية والقسامة على العسكر جميعهم لانهم لما نزلوا
جملة مختلطين صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة
فيكون منسوبا اليهم كلهم فيجب غرامة ما وجد في خارج
الخيام عليهم كلهم وان كانوا اي العسكر قد قاتلوا عدوا
ووجد قتيل بينهم فلا قسامة ولا دية عليهم لان الظاهر
ان العدو قتله فكان هدرا وان كانت الارض التي نزل
بها العسكر مملوكة لاحد فالعسكر كالسكان والقسامة
على المالك لا عليهم اي لا على العسكر لان المالك هو المختص
بالتدبير في ملكه وحفظ ملكه اليه كما مر ان لا عبرة للسكان
مع الملاك عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فانه
يوجب القسامة والدية على الملاك والسكان جميعا ودليله
مذكور فيما سبق فلا حاجة الى اعادته ومن جرح في قبيلة
ثم نقل الى اهله فلم يزل ذا فراش حتى مات من تلك الجراحة
فالقسامة والدية على القبيلة التي جرح فيها عند الامام
وعند ابي يوسف لا شيء فيه لان القسامة والدية انما شرعت
في القتيل الموجود وهذا جريح ليس بقتيل فصار كما لو لم
يكن صاحب فراش ولهما انه اذا كان صاحب فراش فهو مريض
والمرض اذا اتصل به الموت يجعل كالميت من اول [illegible]
التصرفات فكذا في حكم القسامة والدية فجعل كانه مات
حين جرح في ذلك الموضع واما اذا لم يكن صاحب فراش فهو
في حكم التصرفات كالصحيح فكذا في حكم القسامة والدية وعلى
هذا التخريج لو اخذه على ظهر انسان يحمله الى بيته فمات بعد يوم
او يومين فان كان صاحب فراش حتى مات فهو على الذي
كان

كان يحمله كما لو مات على ظهره وان كان يذهب ويجيء فلا شيء على من
حمله وفيه خلاف ابي يوسف وهذا لان وجوده جريحا في يده
كوجوده جريحا في المحلة كذا في الكافي والى هذا اشار بقوله ولو
كان مع المجروح رجل فحمل ذلك الرجل المجروح الى اهله ومات
المجروح في اهله فلا ضمان على الرجل الحامل عند ابي يوسف
وفي قياس قول الامام يضمن والعلة فيه من الطرفين ما
اسلفناه عن الكافي ولو ان رجلين كانا في بيت واحد فوجد
احدهما مذبوحا ضمن الاخر ديته عند ابي يوسف خلافا لمحمد
فانه قال لا يضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل ان يكون
قتله الاخر فلا يجب الضمان بالشك ولابي يوسف ان الظاهر
ان الانسان لا يقتل نفسه فلا يعتبر هذا التوهم كما لا
يعتبر اذا وجد قتيلا في محلة ولو وجد القتيل في محلة لامراة
كررت اليمين عليها وتدي عاقلتها عند ابي حنيفة ومحمد وعند
ابي يوسف على عاقلتها القسامة ايضا كالدية لان القسامة
على اهل النصرة والمراة ليست منهم فاشبهت الصبي ولهما ان
القسامة في القتيل في الملك باعتبار الملك نفيا لتهمة القتل
والمراة في الملك وتهمة القتل كالرجل في القسامة قال المتاخرون
والمراة تدخل في التحمل مع العاقلة في هذه المسئلة اي قال
المتاخرون من اصحابنا ان المراة تدخل مع العاقلة في التحمل
في هذه المسئلة لانها لما جعلناها قاتلة شاركت العاقلة
في الدية لانه حيث وجبت الدية على غير المباشر فعلى المباشر
اولى ان يجب جزء منها ولو وجد اي القتيل في ارض رجل في
جنب قرية صفة الارض ليس صاحب الارض منها اي من
ملاك القرية والجملة للصفة ليس صفة قرية فهو اي
وجوب الدية والقسامة على صاحب الارض لان التدبير

في مقابلة الملك الخاص الى المالك دون غيره فيجعل كان المالك
هو القاتل

كتاب المعاقل

المعاقل جمع
معقلة كالمفاخر جمع مفخرة من عقل يعقل عقلا وعقولا
ولما كان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة
لا بد من معرفتها وبيان احكامها في هذا الكتاب فقال هي
اي المعاقل الدية وسميت الدية عقلا ومعقلة لانها
تعقل الدما من ان تسفك اي تمسكها وتمنعها لما يلزم
عليها من وجوب الدية وسمي العقل عقلا لمنعه صاحبه
عن القبائح والعاقلة من يؤدونها اي الدية وهم المودون
اهل الديوان وهم الجيش الذي كتبت اساميهم في الديوان
وفي القاموس والديوان ويفتح مجتمع الصحف والكتاب
يكتب فيه اهل الجيش واهل العطية واول من وضعه
عمر رضي الله عنه جمعه دواوين ودياوين انتهى والاصل
في ايجاب الدية على العاقلة بالخطأ وشبه العمد قوله
عليه السلام لاولياء الضاربة قوموا فدوه ان كان
القاتل منهم والعاقلة عند الشافعي العشيرة لانه كان
عليهم في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده
لانه لا يكون الا بوحي على لسان نبي ولا نبي بعده ولانه
صلة والاقارب احق بالصلة كالارث والنفقات
ولنا ان عمر رضي الله عنه فرض العقل على اهل الديوان
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه منكر منهم
فكان ذلك اجماعا منهم فان قيل كيف يظن بهم الاجماع
على خلاف ما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم قلنا
هذا اجماع على وفاق ما قضى به رسول الله صلى الله عليه
وسلم فانهم علموا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

انما

انما قضى على العشيرة باعتبار النصرة وقد كان قوة المرء ونصرته
يومئذ بعشيرته ثم لما دون عمر رضي الله عنه الدواوين
صارت القوة والنصرة بالديوان فلهذا اقضى بالدية على اهل
الديوان تؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين من وقت
القضاء بالدية والتقدير بثلاث سنين مروي عنه عليه
السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من
العطا للتخفيف والعطا يخرج في كل سنة مرة فان خرجت ثلاث
عطايا في مدة اقل من ثلاث سنين او في مدة اكثر مثل ان
تخرج عطاياهم في ست سنين مثلا اخذت اي من العطايا
وحاصله انه اذا خرجت للعاقلة ثلاث عطايا في سنة واحدة
يؤخذ منها كل الدية لوجود محل اداء الدية فلا فائدة
في التاخير واذا خرجت في ثلاث سنين يؤخذ منهم في كل سنة
ثلث الدية اذ المقصود ان يكون المأخوذ من الاعطية
لا من اصول اموالهم وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم في
ثلاث سنين او اقل منها او اكثر وهذا اذا كانت العطايا في
السنين المستقبلة بعد القضاء بالدية حتى لو اجتمعت
في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا
يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء ومن لم يكن منهم اي من
اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة
في هذا الباب يؤخذ منهم في ثلاث سنين ايضا من كل
واحد منهم ثلاثة دراهم او اربعة دراهم كل سنة درهم
كذا بالنصب على الظرفية جزء مقدم ودرهم مبتدا موخر
او كل سنة درهم وثلث درهم لا ازيد وهو الاصح لمراعاة
معنى التخفيف فيه وقيل يؤخذ من كل واحد في كل سنة
ثلاثة دراهم او اربعة دراهم فيكون المأخوذ من كل واحد

من ثلاث سنين ستة دراهم او اثني عشر درهما وانما كان القول
الاول اصح لخروج هذا القول من حد التخفيف وبلوغه حد
الجزية في الثاني وقربه منه في الاول وعند الشافعي يجب على
كل واحد نصف دينار فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم
اقرب القبائل اليهم نسبا الاقرب فالاقرب على ترتيب
العصبات وهم الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما
الاباء والابناء فقيل يدخلون لانهم اقرب وقيل لا من ثلاثة
او اربعة وهذا للعجز انما يكون عند الكثرة والاباء والابناء
لا يكثرون ثم انهم قالوا ان هذا الجواب انما يستقيم في حق
العرب المحفوظة انسابهم فامكن ايجاب العقل على اقرب
القبائل من حيث النسب واما العجم فلا يستقيم هذا الجواب
فيهم لتضييعهم انسابهم فلا يمكن ايجاب الدية على اقرب
القبائل اليهم نسبا اذا لم يمكن فقد اختلفوا في هذه
المسئلة فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب
وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وهي الزيادة اذا لم
يكن للقاتل عاقلة فالدية في بيت المال وهو ظاهر الرواية
وعليه الفتوى والقاتل كاحدهم لانه المباشر للقتل
فلا معنى لاخراجه من العقل ومواخذة غيره وقال
الشافعي لا يجب على القاتل شي لانه اذا لم يجب عليه الكل
فلا يجب عليه البعض اذ الجزء لا يخالف الكل قلنا ايجاب
الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب البعض وعدم وجوب
الكل لا ينفي وجوب البعض وان كان اي القاتل ممن
اي قوم يتناصرون بالحرف جمع حرفة او بالحلف بكسر
الحا وهو التحالف على التناصر فعاقلته اهل حرفته
او اهل حلفه لما بينهم من التناصر وعاقلة المعتق بفتح

لا يدخلون لان الضم
لنفي الحرج حتى لا يصيب
كل واحد اكثر

التا

التا وعاقلة مولى الموالاة مولاه وعاقلته يعني ان كلا من
المعتق ومولى الموالاة عاقلته مولاه وعاقلة مولاه لان
النصرة بهم ولقوله عليه السلام مولى القوم منهم وفي مولى
الموالاة خلاف الشافعي وعاقلة ولد الملاعنة عاقلة
امه لان نسبته اليهم فيتنصرونه فان ادعاه الاب بعدما عقلوا
اي عاقلة الام عنه اي عن ولد الملاعنة رجعوا على عاقلته اي عاقلة
الاب بما غرموا في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة
الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية لم تكن واجبة
عليهم لانه لما كذب الاب نفسه ظهر ان النسب كان من الاب
لان النسب يثبت منه من وقت العلوق لا من وقت الدعوة
فتبين به ان عقل جنايته كان على عاقلة ابيه وان قوم الام
تحملوا عن قوم الاب مضطرين في ذلك بالزام القاضي وانما
يرجعون بيانه في ثلاث سنين لانهم ادوا هكذا وانما تعقل العاقلة
ما وجب بنفس القتل وهو ما يجب بالخطا او شبه العمد
او التسبب فلا تعقل جناية عمد ولا جناية عبد ولا ما لزم
بصلح او اعتراف لما روي ابن عباس رضي الله عنه مرفوعا
الى النبي عليه السلام انه قال لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا
صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة ولانه لا تناصر
بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور ولايته
عليهم وارش الموضحة نصف العشر ولان تحمل العاقلة
تحرزا عن الاجحاف بالخاطي ولا اجحاف في القليل الا ان
يصدقوه اي العاقلة المعترف فيما اقربه لان التصديق
اقرار منهم فيلزمهم باقرارهم لان لهم ولاية على انفسهم
والامتناع كان لحقهم وقد زال ولا تعقل العاقلة اقل
من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا

لقوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا
ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة نصف عشر بدل
النفس ولان الايجاب على العاقلة لدفع الاجحاف عن الجاني
وذلك في القليل دون الكثير على العاقلة والفاصل بينهما
ارش الموضحة بالنص وما دون ذلك يكون في مال الجاني
بل ذلك اي الاقل من نصف عشر الدية على الجاني والقياس
فيه احد الشيئين اما التسوية بين الكثير والقليل في ايجاب
الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية بينهما
في انه لا يجب شي على العاقلة كما في ضمان المال لكنا
تركنا القياس بالسنة وانما جاءت السنة في ارش الجنين
في الايجاب على العاقلة وارش الجنين نصف عشر بدل
الرجل فقضي بذلك على العاقلة فيما دونه يوخذ بالقياس
كذا في الكافي ولا تدخل النسا والصبيان في العقل لقول
عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امراة
ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته
والناس لا يتناصرون بالصبيان والنسا ولهذا لا يوضع
عليهم ما هو خلف النصرة والجزية وعلى هذا لو كان
القاتل صبيا او امراة لا شي عليهما من الدية لان وجوب
جزء من الدية على القاتل انما هو باعتبار انه احد العواقل
لانه ينصر نفسه والنصرة لا توجد فيهما وفي الزيلعي
وهذا صحيح اذا قتله غيرهما واما اذا باشرا القتل
بانفسهما فالصحيح انهما يشاركان العاقلة وكذا
المجنون اذا قتل فالصحيح انه كواحد من العاقلة
انتهى ولا يعقل مسلم عن كافر ولا بالعكس اي ولا
يعقل كافر عن مسلم لعدم التناصر ويعقل الكافر
عن

عن الكافر وان اختلفا ملة لان الكفر ملة واحدة ان لم تكن
العداوة بين الملتين ظاهرة كاليهود مع النصارى فان
العداوة فيهما ظاهرة فلا يعقل بعضهم بعضا لعدم التناصر
لظهور العداوة بينهم هكذا روي عن ابي يوسف وان
لم يكن للذمي عاقلة فالدية في ماله في ثلاث سنين من
يوم يقضى عليه كما في حق المسلم لما ان الوجوب على القاتل
وانما يتحول عنه الى العاقلة لو كانت موجودة فاذا لم توجد
كانت الدية عليه والمسلم اذا لم يكن له عاقلة يعقل عنه
بيت المال لان الدية تجب بالنصرة وجماعة المسلمين
يتناصرون وقيل المسلم كالذمي تجب الدية في ماله اذا لم
يكن له عاقلة وان جنى حر على عبد خطا فعلى العاقلة
لان ضمان الادمي فتجب على العاقلة اذا كان القتل خطا
قياسا على الحر وقال الشافعي في قول تجب على القاتل
لانه بدل المال عنده حتى اوجب قيمته بالغة ما بلغت ولا
خلاف في اطراف العبد ان ضمانها لا يجب على العاقلة
لانها تسلك بها مسلك الاموال ولا تعقل العاقلة
ما جنى العبد على حر لان المولى في كونه مخاطبا بجناية
العبد بمنزلة العاقلة فلا تتحمل على العاقلة فكذا لا تتحمل
جناية العبد عاقلة مولاه والاصل في ذلك قوله عليه
السلام لا تعقل العاقلة عبدا ولا عمدا

كتاب

الوصايا لا يخفى ظهور ايراد كتاب الوصايا في اخر الكتاب
لان اخر احوال الادمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت
الموت وله اختصاص بكتاب الجنايات والديات والجناية
قد تفضي الى الموت الذي وقته وقت الوصية والوصية
في الاصل اسم بمعنى المصدر ثم سمي الموصى به وصية

كما في العناية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون
بها او دين الوصية في الشرع تمليك مضاف الى ما بعد
الموت يعني بطريق التبرع سواء كان عينا او منفعة
وسببها ان يذكر بالخير في الدنيا ونيل الدرجات العالية
في العقبى ومن شرائطها كون الموصي اهلا للتمليك
والموصى له بعد موت الموصي ما لا قابلا للتمليك من الغير
بعقد من العقود ومنها عدم الدين ومنها التقدير بثلث
التركة حتى انها لا تصح فيما زاد على الثلث ومنها كون
الموصى له اجنبيا حتى لا تجوز الوصية للوارث الا باجازة
بقية الورثة وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان وما
يجري مجراه من الالفاظ المستعملة فيها واما حكمها فنقول
في حق الموصى له ان يملك الموصى به ملكا جديدا كما في
الهبة وفي حق الموصي اقامة الموصى له فيما اوصى به مقام
نفسه كالوارث واما صفتها فما ذكره في المتن بقوله وهي
مستحبة بما دون الثلث ان كان الورثة اغنياء او يستغنون
بانصبائهم لانه تردد بين الصدقة على الاجنبي والهبة
بالترك للقريب والاول اولى لقوله عليه السلام
او صدقة يبتغي بها رضا الله تعالى والا اي وان لم تكن
الورثة اغنياء ولا يستغنون بانصبائهم فتركها اي
الوصية احب لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال
عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان
فيه حق الفقر والقرابة جميعا ولا تصح الوصية بما زاد
على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابي
وقاص انه قال جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني
من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من

الوجع

الوجع ما ترى وانا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لي افاتصدق
بثلثي مالي قال لا قلت فالشطر يا رسول الله قال لا
قلت فالثلث قال الثلث والثلث كثير او كبير انك ان
تذر ورثتك اغنياء خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون
الناس ولا تصح الوصية لقاتله اي المورث مباشرة لقوله
عليه السلام لا وصية لقاتل وقيد بقوله مباشرة احترازا
عن القتل تسببا فانه لا يمنع صحة الوصية لعدم تناوله
النص ولا لوارثه لقوله عليه السلام ان الله اعطى كل ذي
حق حقه الا لا وصية لوارث ولان بقية الورثة يتاذون
بايثار بعضهم ففي تجويزه قطيعة الرحم الا باجازة الورثة
استثناء لما تقدم من عدم الصحة بما زاد على الثلث ولا
للقاتل ولا للوارث في كل واحد من الاحوال الا في حالة
التباسها باجازة الورثة فتصح حينئذ لان عدم الجواز
كان لحقهم فيجوز باجازتهم ولما روي ابن عباس رضي الله
عنه انه عليه السلام قال لا تجوز وصية لوارث الا ان يشاء
الورثة ويشترط ان يكون المجيز من اهل التبرع بان يكون
عاقلا بالغا وان اجاز البعض دون البعض يجوز على المجيز
بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه فقط ولا يعتبر
اجازة الورثة في حال حياة الموصي حتى كان لهم ان يرجعوا
بعد موت الموصي وتصح الوصية بالثلث للاجنبي وان لم
يجيزوا لقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم
في اخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونه حيث شئتم
او قال حيث احببتم وللاجماع على ذلك وتصح الوصية من
المسلم للذمي وبالعكس فالاول لقوله عليه السلام تعالى
لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين والثاني

وعدم صحة الوصية لقاتله ولوارثه يعني لا تصح الوصية بما زاد على الثلث

انه يعتقد الذمي مساوي المسلم في المعاملات والتبرعات حتى جاز
التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات وفي
الجامع الصغير الوصية لهم اي لمن هو في دارهم باطلة لانها بر
وصلة وقد نهينا عن بر من يقاتلنا لقوله تعالى انما ينهاكم
الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية وفي المبسوط الكبير
ما يدل على الجواز ووجه التوفيق انه لا ينبغي ان يفعل
وان فعل جاز كذا في الكافي وفيه كلام واما وصية
الحربي بعدما دخل دارنا بامان فانها جائزة لانه في ولاية
تمليك المال في حياته فكذا بعد مماته خلا انه لا فرق بين
وصيته بالثلث وبجميع ماله لان المسلم انما منع من الوصية
بما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين فان حقهم معصوم
من الابطال بخلاف ورثة الحربي لان حقهم غير معصوم
فكذلكم فلذلك لم يمنع حقهم صحة الوصية بالجميع كذا في شرح
الجامع الصغير وتصح الوصية للحمل وبه اي بالحمل ان كان بينه
اي بين الوصية وبين ولادته اي الحمل اقل من ستة اشهر
من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية اخت الميراث
لانها استخلاف من وجه اذ الموصى له يخلفه في بعض ماله
كالارث ولهذا لا يحتاج الى القبض والجنين صلح
خليفة في الارث فكذا في الوصية الا انها ترتد بالرد
لان فيها معنى التمليك بخلاف الارث فانه استخلاف من
مطلق وبخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد
عليه حتى يملكه شيئا فان قيل ان الوصية شرطها القبول
والجنين ليس من اهله فكيف تصح قلنا الوصية تشبه الهبة
وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة تشترط القبول اذا امكن
ولشبهها بالميراث يسقط القبول اذا لم يكن عملا

بالشبهين

[illegible]

يعني يصرف الثلث الى المحابات ويسعى العبد في كل قيمته

عن العتق فالمحاباة اولى اي تقدم على العتق هذا ان قدمت
المحاباة على العتق وهما اي العتق والمحاباة سوا ان اخرت
المحاباة بان اعتق عبدا قيمته مائة ثم باع عبدا قيمته مائتان
بمائة ولا مال له سواهما يقسم الثلث وهو المائة بينهما
نصفين فيعتق نصف العبد ويسعى في نصف قيمته وصاحب
المحاباة ياخذ العبد الاخر بمائة وخمسين وهذا عند ابي
حنيفة وقالا هما سوا في المسئلتين لان المحاباة اقوى
لانه في ضمن عقد المعاوضة لكن ان وجد العتق اولا وهو
لا يحتمل الدفع يزاحم المحاباة وهما يقولان ان العتق اقوى
لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا اعتبار
للتقدم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت الا اذا
اتحد المستحق واستوت الحقوق وان اعتق بين محاباتين
بان حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث فنصف الثلث للاولى
اي للمحاباة الاولى ونصف الثلث بين العتق والمحاباة الاخرى
لان العتق مقدم على الاخرة فيستويان وفي الهداية اذا حابى
ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما
ثم ما اصاب المحاباة الاخرة قسم بينها وبين العتق لان
العتق مقدم عليها فيستويان كذا في العناية وفيه بحث
وهو ان المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة
الثانية مساوية للعتق المقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية
مساوية للعتق المتاخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من
جانب ابي حنيفة والجواب ان شرط الانتاج ان تلزم النتيجة
القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك كما عرف في موضعه
انتهى واقول يرد عليه ان المساوي للمساوي للشيء مساو
لذلك الشيء فيعود المحذور اللهم الا ان يقال ان مساواة

المحاباة الاولى للشفيع من جهة ومساواة الثانية للعتق المقدم
من جهة اخرى وحيث انفكت الجهة اندفع المحذور وان حابى
بين عتقين بان اعتق ثم حابى ثم اعتق فنصف الثلث للمحاباة
ونصف الثلث للعتقين بان يقسم الثلث بين العتق الاول
والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني
هذا عند ابي حنيفة وعندهما العتق اولى في الجميع لانه لا
يلحقه الفسخ بوجه من الوجوه بخلاف المحاباة فانه يلحقها
الفسخ وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها
درهم بطلت الوصية عند ابي حنيفة وعندهما يعتق عنه
عبد بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن
لما مر اعتبارا للوصية بالحج ولو كان مكان العتق حج حج بما بقي
اجماعا وله ان وصيته بالعتق لعبد يشترى بمائة من ماله
وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ في غير الموصى له
وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق
الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك
بعضها يدفع اليه الباقي قال الزيلعي قيل هذه المسألة مبنية
على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى
عندهما حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق
وعنده حق العبد حتى لا تقبل الشهادة فيه من غير دعوى
فاختلف المستحق وهذا البناء صحيح لان الاصل ثابت معروف
ولا سبيل الى انكاره وبطل الوصية بعتق عبده موصى بعد
موت سيده فدفع بها اي بالجناية لان حق ولي الجناية
مقدم على حق الموصي [illegible] الموصي فكذا على حق الموصى له وهو
العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصي وملك الموصي
باق الى ان يدفع وبالدفع يزول ملكه فاذا خرج عن ملكه
بطلت

بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته بالدين
وان فدي اي العبد بان اعطى الورثة الفداء لولي الجناية بمقابلة
العبد فلا تبطل الوصية لانهم كانوا متبرعين بالفداء وانما جازت
الوصية حينئذ لان العبد برئ عن الجناية فصار كانه لم يجن
ولو اوصى لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه في
الصحة اي صحة الموصي وادعى الوارث عتقه في المرض فالقول
للوارث مع اليمين وصورة المسألة اذا اوصى بثلث ماله
لزيد وله عبد فاقر الموصى له والوارث ان الموصي اعتق هذا
العبد لكن قال الموصى له اعتقه في الصحة لئلا يكون وصية
تنفذ من الثلث وقال الوارث اعتقه في المرض ليكون وصية
فالقول قول الوارث مع يمينه فلا شيء لزيد الا ان يفضل الثلث
عن قيمته اي العبد او يبرهن زيد على دعواه وهي عتقه في
الصحة فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث
ماله غير العبد فلا يثبت الاستحقاق لزيد بلا برهان فان لم
يبرهن حلف الوارث انه لا يعلم ان مورثه اعتقه في الصحة وانما
كان القول للوارث لان العتق من الحوادث فيحكم بحدوثه من
اقرب الاوقات للتيقن بها واقرب الاوقات هنا وقت المرض
وكان الظاهر شاهدا للوارث فكان القول قوله مع اليمين
الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم
له او تقوم البينة ان العتق في الصحة اذ الثابت بالبينة
بمنزلة الثابت بالمعاينة ثم البينة انما تقبل من خصم
والعتق حق العبد عنده وكذا اي الموصى له بالثلث خصم
في اقامتها لانه يثبت حقه ولو ادعى رجل على الميت دينا وادعى
العبد اعتاقه في صحته وصدقهما الوارث سعى العبد
في قيمته وتدفع الى الغريم عند الامام وعندهما لا يسعى لهما

ان الدين والعتق في الصحة ظهرا معًا بتصديق الوارث في كلام
واحدٍ فكانهما وقعا معًا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية
وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه في المرض يعتبر من كل
المال والاقرار بالعتق يعتبر من الثلث فيجب ان
يبطل العتق لكنه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى
بايجاب السعاية على هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك
ابنا والف درهم فقال الرجل لي على الميت الف درهم دين
وقال رجل هذا الالف الذي تركه ابوك كان وديعة
لي عند ابيك وقال الابن صدقتما فعنده الالف
بينهما نصفان لانه لم يظهر الوديعة الا والدين ظاهر
معها فيتحاصان كما اذا اقر بالوديعة ثم بالدين وقالا
الوديعة احق لانها ثبتت في عين الالف والدين تثبت
في الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت اسبق وصاحبها
احق كما لو كان المورث حيا وقال صدقتما وذكر في الهداية
فعنده الوديعة اقوى وعندهما استويا والاصح ما ذكرنا
اولا وبه ينطق شروح الجامع الصغير وشروح المنظومة
كذا في الكافي وان اجتمعت وصايا وضاق الثلث عنها قدمت
الفرائض كالحج والزكاة والكفارات وان اخرها اي الموصي
الفرائض في الذكر لان الفرض اهم من النفل فان تساوت
الوصايا في الفرضية او غيرها بان كان جميعها نفلا قدم
ما قدمه الموصي لان الظاهر من حال الموصي انه يبدأ بما هو
الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت بالنص وقيل
ان تساوت في الفرضية تقدم الزكاة على الحج وهو ما ذكره
الطحاوي وقيل بالعكس قال في الكافي والمختلف في الرواية
عن ابي يوسف في الحج والزكاة وقال في احدى الروايتين
يبدأ

عليه ولان اسناد العتق
الى الصحة انما يصح ان لم يوجد
مستند الدين وقد وجد الدين
هنا فمنع الاسناد فوجب رده
بالدين ورده بالسعاية على
هذا الخلاف

كراس
٥٦
٥٧١
571

يبدأ بالحج وان اخره لان الحج يتأدى بالبدن والمال والزكاة
بالمال فحسب فكان الحج اقوى فيبدأ به وروي عنه ان تقدم
عليه الزكاة بكل حال لان حق الفقير ثابت بالحج محض حقا لله
تعالى فكانت الزكاة اقوى ويقدم الحج والزكاة على الكفارات
في القتل والظهار واليمين لترجحهما عليها فقد جاء فيهما الوعيد
ما لم يات في كفارة قال الله تعالى ومن كفر فان الله غني عن
العالمين وقال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة
ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم وغير ذلك
من الاحاديث الواردة فيهما وتقدم الكفارات على صدقة
الفطر لورود القرآن بوجوبها بخلاف صدقة الفطر وتقدم
صدقة الفطر على الاضحية للاتفاق في وجوبها والاختلاف
في وجوب التضحية وما هو متفق على وجوبه اولى بالتقديم
وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على بعض كالنذر
يقدم على الاضحية لان النذر ثابت بالكتاب دونها وان
اوصى بحجة الاسلام احجوا اي الورثة عنه اي عن الموصي
رجلا من بلده الذي يحج ذلك الرجل عنه حال كونه راكبا
لان الواجب عليه من بلده فيجب الاحجاج عنه كما وجب
لان الوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما شرط ان يكون
راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فوجب الاحجاج عنه
على الوجه الذي لزمه ان وفت النفقة للاحجاج من بلده
راكبا والا اي وان لم تف النفقة فمن حيث تبلغ النفقة وفي
القياس لا يحج عنه لانه امر بالحج بصفة وقد عدمت وجه
الاستحسان انا نعلم ان غرضه تنفيذ الوصية فتنفذ
ما امكن وان خرج حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج
عنه حج عنه من بلده عند ابي حنيفة وزفر لانه عمله

58

تد انقطع بموته لقوله عليه السلام اذا مات ابن آدم انقطع
عمله الا من ثلاث والخروج الى الحج ليس من الثلاث فبطل
بموته لان سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان في هذا
المعنى كخروجه للتجارة اذا ما حج عنه من بلده فكذا هنا
وعندهما من حيث مات استحسانا لان السفر بنية الحج وقع
قربة وقد وقع اجره على الله لقوله تعالى ومن يخرج من بيته
مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع اجره على
الله ولم ينقطع بموته فيكتب له حج مبرور فيبتدا من ذلك
المكان كانه من اهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية
التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وعلى هذا الخلاف
اذا مات الحاج عن غيره في الطريق فيحج عنه ثانيا من وطنه
عند الامام وعندهما من حيث مات والله اعلم

باب الوصية للاقارب وغيرهم

انما اخر هذا الباب عما تقدمه
لان المذكور في هذا الباب احكام الوصية لقوم مخصوصين
والمذكور فيما تقدم احكامها على العموم والخصوص ابدا تابع
للعموم جار الانسان ملاصقه تقدم الوصية للجار على
الوصية للاقارب تبعا لما في الهداية وكان حق الكلام ان يقدم
الوصية للاقارب على الوصية للجار نظرا الى ترجمة الباب
واجاب عنه في العناية بان الواو لا تدل على الترتيب وان
التقديم في الذكر اهتماما بامر الجار ثم ان حمل الجار على
الملاصق هو مذهب ابي حنيفة وهو القياس وقد حمل عليه
قوله عليه السلام الجار احق بصقبه ومعنى الحديث ان الجار
احق بالشفعة اذا كان ملاصقا وعندهما جار الانسان
من يسكن محلته ويجمعهم مسجدها اي مسجد المحلة لان
الكل يسمى جيرانا عرفا قال عليه السلام لا صلاة لجار

المسجد

المسجد الا في المسجد وفسر بكل من سمع النداء لان المقصود البر
الجار لا يختص بالملاصق بل بر المقابل مقصود كبر الملاصق
غير انه لا بد من نوع اختلاط فاذا جمعهم مسجد واحد فقد
وجد الاختلاط واذا اختلفا في المسجد فلا اختلاط
وقال الشافعي الجار الى اربعين دارا قلنا هذا الخبر ضعيف
فقد طعنوا في روايته ويستوي فيه اي في لفظ الجار الساكن
والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي والصغير والكبير كذلك
وانما ذكر المذكورون في لفظ الجار لصدقه عليهم لغة وشرعا
ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان مطلق هذا الاسم يتناوله
ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار
بخلاف المكاتب فانه لا يملك ما في يد العبد الا بتمليك الا يرى
انه يجوز له اخذ الزكاة وان كان مولاه غنيا بخلاف القن
والمدبر وام الولد والارملة تدخل لان سكناها مضافة
اليها ولا تدخل التي لها بعل لان سكناها غير مضافة اليها
وانما هي تبع فلم يكن جارا مطلقا وصهره من هو ذو رحم محرم
من امراته لانه عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من
ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار
النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد وفي
الصحاح الاصهار اهل بيت المراة ولم يقيده بالمحرم وفي الكافي
ومما يدخل في الوصية من كان صهرا للموصي يوم موته
بان كانت المراة منكوحة له عند الموت او معتدة عنده بطلاق
رجعي لان المعتبر حالة الموت حتى لو مات الموصي والمراة في
نكاحه او عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية لان
الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح وان كانت في عدة من
طلاق باين او ثلاث لا يستحقها لان الانقطاع النكاح

يوجب انقطاع العصمة انتهى وختنه من هو زوج ذات رحم
محرم منه كازواج البنات والاخوات والعمات والخالات
لان الكل يسمى ختنا وكذا كل ذي رحم محرم من ازواجهن
عند محمد لانهم يسمون اختانا وقيل هذا في عرفهم واما
في عرفنا فلا يتناول الازواج المحارم ويستوي في ذلك
اي في الصهر والختن الحر والعبد والاقرب والابعد لان
اللفظ يتناول الكل جميعا واقاربه واقرباؤه وذو قرابته
وارحامه وذو ارحامه وانسابه الاقرب من كل ذي
رحم محرم منه يعني اذا اوصى الى اقاربه او اقربائه
او ذوي قرابته او ارحامه او ذوي قرابته او ارحامه
او ذوي ارحامه او انسابه تكون الوصية للاقرب فالاقرب
من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه اي في كل واحد من
هذه الالفاظ الوالدان والولد ولا الوارث ويكون
للاثنين فصاعدا هذا عند ابي حنيفة ويستوي فيه
الصغير والكبير والحر والعبد والذكر والانثى والمسلم
وفي الجد روايتان وكذا في ولد الولد ففي ظاهر الرواية
عن ابي حنيفة انهم يدخلون وفي رواية عن ابي حنيفة
وابي يوسف انهم لا يدخلون وان لم يكن له ذو رحم محرم
منه بطلت الوصية عند ابي حنيفة لانه تبين ان
الوصية منه لمعدوم فكانت باطلة وتكون اي الوصية
للاثنين فصاعدا لانها اخت الميراث والجمع في المواريث
اثنان فصاعدا فكذا في الوصية وعندهما يدخل في
الوصية من ينسب اليه اي الى الموصي من قبل الاب
او الام الى اقصى اب له في الاسلام بان اسلم او ادرك
الاسلام وان لم يسلم وقيل يشترط الاسلام الاب
الاقصى

الاقصى وقيل لا يشترط ذلك بل يشترط ادراكه للاسلام حتى لو
اوصى علوي لذوي قرابته فمن شرط الاسلام يصرف
الوصية الى اولاد علي رضي الله عنه لا الى اولاد ابي طالب ومن
لم يشترط يصرفها الى اولاد ابي طالب فيدخل فيهم اولاد
عقيل وجعفر ولا يدخل اولاد عبد المطلب بالاجماع لانه
لم يدرك الاسلام فمن له عمان وخالان الوصية لعميه يعني
اذا اوصى الى اقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند
الامام لانه يعتبر الاقرب فالاقرب كما في الارث وعندهما
للكل على السوا فتقسم بينهم ارباعا لان اسم القريب
يتناولهم ولا يعتبران الاقرب ومن له عم وخالان نصف
الوصية لعمه ونصفها لخاليه لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع
واقله في الوصية والارث اثنان فيكون للواحد النصف
ويبقى النصف الاخر ولا مستحق له اقرب من الخالين فكان
لهما وان كان له عم واحد فقط فنصفها اي الوصية له اي للعم
لانه لا بد للعم من اعتبار الجمع فيه ويرد النصف الاخر
من الثلث الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع
وادناه اثنان في الوصية فبهذا يعطى له النصف والنصف
الاخر للورثة وان كان له عم وعمة وخال وخالة فالوصية
للعم والعمة على السوا لاستوا قرابتهما وقرابة العمومة اقوى
من قرابة الخؤولة والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة
للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وعندهما الوصية
للكل على التسوية في جميع ذلك لما عرف من مذهبهما انهما لا
يشترطان الاقرب فالاقرب كما اشترطه الامام واهل الرجل
زوجته عند الامام يعني اذا اوصى لاهل رجل فهي لزوجته
وعندهما اهل الرجل من يعولهم وتضمهم نفقته يعني عندهما

اهل الرجل من كانوا في عياله وتلزمه نفقتهم اعتبارا للعرف
المؤيد بالنص وهو قوله تعالى واتوني باهلكم اجمعين وقال
تعالى فنجيناه واهله الا امراته والمراد من كان في عياله ولابي
حنيفة قوله تعالى وسار باهله اي زوجته بنت شعيب عليه
السلام ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا اي تزوج والمطلق
ينصرف الى الحقيقة المستعملة كما في الهداية واله اهل بيته
يعني اذا اوصى لال فلان فهي لاهل بيته فيدخل فيه كل من
ينسب اليه من قبل ابائه الى اقصى اب له في الاسلام ولا يدخل
فيه اولاد البنات ولا اولاد الاخوات ولا احد من قرابة
امه لانهم لا ينسبون الى ابيه وانما ينسبون الى ابائهم
وابوه وجده من اهل بيته لان الاب والجد يعدان من اهل
البيت واهل نسبه من ينسب اليه من جهة الاب لان النسب
انما يكون من جهة الاباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان
الانسان يتجنس بابيه فصار كاله بخلاف قرابته حيث
يدخل فيه ما كان من جهة الام ايضا لان الكل يسمون قرابة
والوصية مبتدا لبني فلان وهو اب صلب جملة وهو اب صلب
حال من المضاف اليه للذكور خاصة خبره فلا يدخل فيه الاناث
لان حقيقة هذا اللفظ انما هو للذكور وهذا رواية عن
الامام وعندهما وهو رواية اخرى عن الامام يدخل فيه
الاناث ايضا اي كالذكور ودخول الاناث في بني فلان
اما تغليب او مجاز بارادة الفروع والوصية لورثة فلان
للذكر مثل حظ الانثيين لان الاسم مشتق من الوراثة
فاذا بان مقصده التفضيل وهي في اولاد المورث للذكر مثل
حظ الانثيين فكانت الوصية كالميراث من حيث ان التنصيص
على الاسم المشتق يدل على ان الحكم يترتب على ماخذ الاشتقاق
ولو

ولو اوصى لولد فلان للذكر مثل حظ والانثى على السوا لان الولد
ينتظم الكل ولا يدخل اولاد الابن عند وجود اولاد الصلب
لان الولد حقيقة يتناول ولد الصلب وتدخل فيه الاناث
حتى اذا كان له بنات صلبية وبنو الابن فالوصية للبنات
عملا بالحقيقة ما امكن العمل بها ويدخلون اي اولاد الابن
عند عدمهم اي اولاد الصلب لانه لما تعذر العمل بالحقيقة
صير الى المجاز بخلاف القبيلة الاولى دون اولاد البنت
وانما لا يدخلون مطلقا لان اولاد البنات انما ينسبون
الى ابائهم كما قال الشاعر بنونا بنو ابنائنا وبناتنا بنوهن
ابناء الرجال الاباعد وان اوصى لبني فلان وهو اي فلان
ابو قبيلة كبني تميم مثلا لا يحصون كثرة فهي اي الوصية
باطلة لانه لا يمكن تصحيحه في حق الكل لعدم احصائهم فتبطل
الوصية لتعذر التصرف وان اوصى لايتامهم او عميانهم او زمناهم
او ارامنهم فللغني والفقير منهم والذكر والانثى ان كانوا اي الموصى
لهم يحصون لان الوصية تمليك وامكن تحقيق معنى التمليك
في حقهم ثم قيل حد الاحصا عند ابي يوسف ان لا يحتاج من
بعدهم الى حساب ولا كتاب فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون
وهذا اليسر وقال بعضهم هو مفوض الى راي القاضي كذا في شرح
الهداية وللفقرا منهم خاصة ان كانوا لا يحصون لان المقصود
من الوصية القربة وهذه الاسامي اعني الايتام وما بعدهم
تشعر بتحقق الحاجة فيحمل على الفقير وان اوصى لموالي
فهي اي الوصية لمن اعتقهم في الصحة او المرض ولاولادهم
اي اولاد المعتقين من الرجال والنسا واعتاقه قبل
الوصية او بعدها سوا ولا يدخل فيه المدبرون وامهات
الاولاد وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق

لازم في عتقهم بحيث لا يلحقه الفسخ فينسبوا الى الولا كالمعتقين ولا يدخل فيها موالي الموالاة لان ولا الاعتاق بالعتق ولا الموالاة بالعقد فهما معنيان متغايران فلا ينتظمهما لفظ واحد بخلاف اولاد المعتقين لانهم ينسبون الى المعتق بواسطة ابائهم بولا واحد ولا يدخل فيها موالي الموالي الا عند عدمهم اي الموالي لانهم ليسوا موالي الموصي حقيقة فهم بمنزلة ولد الولد مع ولد الصلب فلا يتناولهم الاسم الا عند عدم الموالي حقيقة كما مر في ولد الولد مع وجود الولد او عدمه وتبطل الوصية ان كان له اي للموصي معتقون بكسر التا ومعتقون بفتح التا يعني اذا اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة لان اللفظ مشترك ولا عموم له ولا قرينة تدل على احدهما ولا فرق في ذلك عند عامة اصحابنا بين النفي والاثبات واختار شمس الائمة صاحب الهداية انه يعم اذا وقع في حيز النفي كما لو حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الجميع والجواب عنه على قول عامة الاصحاب كما في العناية ان ترك الكلام مع الموالي مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل لان الحامل على اليمين بغضهم وهو غير مختلف وقد قرره في التقرير بوجه لا مزيد عليه فان قيل سلمنا ان لفظ الموالي مشترك وحكمه التوقف فكيف حكم ببطلانها قلنا ان ذلك فيما اذا مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهي ان شكر المنعم واجب فيصرف الى الموالي الذين اعتقوه واما فضل الانعام في حق الذين اعتقهم هو مندوب اليه والصرف الى الواجب اولى من الصرف الى المندوب كما هو المروي عن ابي يوسف بهذا المعنى قلنا

اجيب

اجيب بانها معارضة بجهة اخرى وهو جريان العرف بالوصية للفقرا والغالب في المعتقين بفتح التا ان يكونوا فقرا والمعتقين بكسر التا الغالب ان يكونوا اغنيا والمعروف عرفا كالمشروط شرعا كما هو المروي عن ابي يوسف بهذا المعنى واقل الجمع اثنان في الوصايا كالمواريث لما بينا ان الوصايا اخت المواريث وقد ورد النص في القران باطلاق الجمع على الاثنين في المواريث فقلنا في الوصايا ان اقل الجمع فيها اثنان ايضا حملا على ما ورد به النص في المواريث

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

لما ذكر احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع واخر هذا الباب من جهة ان المنافع بعد وجود الاعيان ليوافق الوضع الطبع وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره وبغلتهما اي العبد والدار مدة معينة كسنة او سنتين مثلا وابدا لان للمنفعة تحمل التمليك ببدل وغير بدل في حال الحياة فتحتمل بعد الممات كالاعيان دفعا للحاجة وهذا لان الموصي يبقي العين على ملكه حتى يجعله مشغولا بتصرفه موقوفا على حاجته وانما يحدث المنفعة على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه المنفعة على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا ومؤبدا كالعارية وهذا بخلاف الميراث فالارث لا يجري في الخدمة بدون الرقبة لان الوراثة خلافة وتفسيرها ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا انما يتصور فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقى وقتين فاما الوصية فايجاب ملك بالعقد كالاجارة والاعارة وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانها بدل المنفعة فاخذت حكمها فان خرج ذلك

المذكور من رقبة العبد والدار من الثلث سلم الى الموصى له لخدمته
وسكناها لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة والا
اي وان لم تخرج من الثلث قسمت الدار عينها اثلاثا وتهاياا
في العبد يومين لهم ويوما له لان حق الموصى له في الثلث
وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين ولا يمكن قسمة
العبد اجزاء لانه مما لا يحتمل القسمة فصرنا الى المهاياة هذا
اذا كانت الوصية غير موقتة وان كانت موقتة بوقت كالسنة
مثلا فان كانت السنة غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى
له يوما الى ان يمضي ثلاث سنين فاذا مضت سلم الى الورثة
لان الموصى له استوفى حقه وان كانت معينة فان مضت
السنة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات قبل مضيها
يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ان تمضي تلك
السنة فاذا مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم لو مات
الموصى بعد مضي بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار
اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار
اثلاثا للانتفاع لان الامكان قسمة عينه اجزاء وهو اعدل
للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهايات تقديم احدهما
زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز
ايضا لان الحق لهم الا ان الاول اولى لكونه اعدل فان مات
الموصى له ردت اي الوصية من العبد او الدار الى ورثة
الموصى لانه اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم
ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له لاستحقها ابتداء من ملك
الموصى بغير رضاه وذلك غير جائز وان مات الموصى له في
حياة الموصى بطلت الوصية لانها تمليك مضاف الى ما
بعد الموت وملك الموصى ثابت في الحال فلا يتصور
تمليكه

الموصى

الموصى له بعد موته ومن اوصى له بغلة الدار والعبد لا يجوز له
السكنى والاستخدام في الاصح لانه اوصى له بالغلة وهي
الدراهم او الدنانير وهذا استيفاء للمنفعة نفسها ولا شك
انهما متغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين
يمكنهم اداؤه من الغلة باستردادها منه بعد استغلالها
بخلاف ما اذا استوفى المنافع نفسه وقوله في الاصح احترازعما
قال بعضهم يجوز له السكنى والاستخدام لان المقصود هو
المنفعة وهي حاصلة بهذين الطريقين ولا يجوز لمن اوصى
له بالخدمة في العبد والسكنى في الدار ان يؤجر العبد والدار
وقال الشافعي له ذلك لان تمليك المنفعة بعد مضافا الى
ما بعد الموت كتمليك المنفعة في حال الحياة ولو ملك المنفعة
بالاستيجار في حال الحياة يملكها بالاجارة وكذا اذا ملك
المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لان المنافع كالاعيان
عنده لما من بخلاف المستعير فانه لا يتملك المنفعة لانها اباحة
الانتفاع عنده ولهذا لا يتعلق بها لاعارة اللزوم والوصية
بالمنفعة يتعلق بها اللزوم ولنا ان الموصى له ملك المنفعة
بغير عوض فلا يملك تمليكها من غيره بعوض كالمستعير فانه
لا يملك الاجارة وذلك لان للمستعير مالك للمنفعة اذ التمليك
في حال الحياة اقرب الى الجواز بعد الممات واذا املكت
المنفعة التمليك بعد الموت بغير عوض فلان يحتمل ذلك
في حال الحياة اولى وان اوصى له بثمرة بستانه فمات الموصى وفيه
اي في البستان ثمرة فله اي للموصى له هذه اي الثمرة الموجودة
فقط لا ما يحدث بعدها وان زاد ابدا اي زاد في تلك الوصية
لفظ ابدا فله اي للموصى له هي اي الثمرة الموجودة وما
يستقبل عطف على الضمير اعني قوله هي اي يستحق الثمرة

الموجودة وما يحدث من الثمرة في المستقبل عملا بالتأبيد
في لفظ الموصي وان اوصى له بغلة بستانه فله الموجود وما
يستقبل وحاصله انه اذا اوصى له بالغلة استحقها دائما
وبالثمرة لا يستحق الا القائم الا اذا زاد لفظ ابدا فيصير
كالغلة فيستحقها دائما والفرق بينهما ان الثمرة اسم للموجود
عرفا فلا يتناول ما سيحدث بعد الا بلفظ يدل على ذلك
كنحوه واما الغلة فتنتظم للموجود وما يكون بعرضة ان
يوجد مرة بعد اخرى كما يقال في العرف فلان ياكل من غلة
بستانه او ارضه او داره فيصدق على ما ينتفع به في
الحال او في الاستقبال وان اوصى له بصوف غنمه او لبنها
اي الغنم او اولادها فله ما يوجد من ذلك عند موته فقط
سواء قال ابدا او لم يقل اي للموصى له ما يوجد من ذلك الموصى
به ما في بطونها من الاولاد وما في ضروعها من الالبان
وما على ظهورها من الصوف يوم مات الموصي سواء قال
ابدا او لم يقل لانها ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه
الاشياء يومئذ والفرق بينها وبين ما تقدم ان الصوف
والولد واللبن الموجودات تصح استحقاقها بالعقود
فانها تملك تبعا بكل عقد فكذا بالوصية فاما المعدوم منها
فلم يشرع استحقاقها بشيء من العقود فلم يصح استحقاقها
بعقد الوصية فاما الثمرة والغلة المعدومة فيصح استحقاقها
بعقد المزارعة والمعاملة فلان تستحق بالوصية اولى
باب الذمي انما ذكر وصية الذمي عقيب
وصية المسلم لان اهل الذمة ملحقون بالمسلمين في
المعاملات ولو جعل ذمي داره بيعة او كنيسة في صحته
ثم مات فهي ميراث اما عند الامام فلانها بمنزلة الوقف
ووقف

لعله بكل عقد

ووقف المسلم يورث عنه فهذا اولى وانما قلنا يورث عنه
لانه غير لازم عنده واما عندهما فان الوصية باطلة لان
هذا معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية
بالمعصية ولو اوصى به اي بجعل داره بيعة او كنيسة
لقوم مسمين جاز اي الايصاء من الثلث اتفاقا لان
في الوصية معنى التمليك ومعنى الاستخلاف وللموصي ولاية
كليهما وكذا يجوز في غير المسمين بان اوصى لقوم غير
مخصوصين هذا عند الامام خلافا لهما فانهما قالا لا
انها باطلة الا ان يوصي لقوم باعيانهم والحاصل ان وصايا
الذمي على اربعة اوجه احدها ان يوصي بما هو معصية
عندنا وعندهم كالوصية للمغنيات والنائحات فهذا لا
يصح اجماعا الا ان يكون للقوم باعيانهم فتصح تمليكا من
الثلث فان كانوا لا يحصون لا تصح تمليكا لان التمليك من
المجهول لا يصح ولا يمكن تصحيحها قربة لانها معصية عند الكل
وثانيها ان يوصي بما هو معصية عندهم قربة عندنا كما لو
اوصى ان يجعل داره مسجدا ويسرج في المساجد او اوصى بالحج
فهي باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم لانا نعاملهم
بديانتهم وثالثها ان يوصي بما هو قربة عندنا وعندهم
كما لو اوصى بثلث ماله للفقراء او للمساكين او بعتق الرقاب
او يسرج في بيت المقدس فهي صحيحة اجماعا لاتفاق
الكل على كون ذلك قربة ورابعها ان يوصي بما هو قربة عندهم
معصية عندنا كما لو اوصى ان يجعل داره بيعة او كنيسة
او بيت نار يسرج فيه او يذبح الخنازير ويطعم المشركون
فهي صحيحة عند ابي حنيفة سمى قوما او لم يسم وقالا باطلة
الا ان يسمي قوما باعيانهم لهما ان هذه وصية بمعصية

قوله مسمين اي معينين مخصوصين منهم

وفي تنفيذها تقرير المعصية والسبيل في المعاصي ردها
لا قبولها فوجب القول بالبطلان وله ان المعتبر ديانتهم
في حقهم لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون وهي قربة عندهم
فتصح الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية
عندهم لا يجوز الوصية اعتبارا لديانتهم فكذا عكسه
وتصح وصية مستامن لا وارث له في دارنا بكل ماله لمسلم
او ذمي لان القصر على الثلث شرعا لحق الورثة حتى تنفذ
باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لانهم في دار الحرب
وهم اموات في حقنا ولحربينا على حق معصوم لا يصلح دليلا
على الحجر لحق غير معصوم اذ حقوق اهل الحرب غير
معصومة حتى لو كانت ورثته في دار الاسلام بامان
او بذمة يتقيد بقدر الثلث لحرمتهم وان اوصى
المستامن ببعضه اي ببعض ماله ثم مات رد الباقي من
ماله الى ورثته الذين في دار الحرب لان الرد الى ورثته
من حق المستامن ايضا لا رعاية لحق الورثة حتى يرد الى
بيت المال لكنه يرد الباقي الى ورثته الذين في دار الحرب
وقد قلتم بانه ليس حق مرعي وتصح الوصية له اي للمستامن
ما دام في دارنا سواء كانت الوصية من مسلم او ذمي لانه
ما دام في دارنا فله حكم اهل الذمة في المعاملات
حتى تصح منه عقود التمليكات في حال حياته وتصح
تبرعه في حال حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي
يوسف انه لا يجوز لانه من اهل الحرب لانه يقصد الرجوع
ويمكن منه بخلاف الذمي وصاحب الهوى وهو الذي
يتبع هوى نفسه مثل المبتدعة ان لم يكفر بهواه
اي بحكم بكفره بما ارتكبه من الهوى فهو كالمسلم في الوصية
لانا

يعني تكون موقوفة عنده نافذة عندهما شرح مجمع

لانا امرنا ببناء الاحكام على ظاهر الاسلام والا اي وان لم
يكن كذلك بل حكم بكفره بما ارتكبه من الهوى فكالمرتد
فتكون على الخلاف المعروف بين الامام وصاحبيه
في تصرفاته قال في الكافي ووصايا المرتدة نافذة
بالاجماع كالذمية لانها تبقى على الردة ولا تقتل
عندنا انتهى وفي المنح والمرتدة في الوصية كذمية فتصح
وصاياها قال في الهداية وهو الاصح لانها تبقى
على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال في النهاية
وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هنا وقال
بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح فلا تصح
وصية قلت والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال
هناك وهو الصحيح وقال هنا لا يصح وهما يتصادقان
كذا في العناية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية
تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها
والاشبه ان تكون كالذمية فتجوز وصيتها لانها لا تقتل
ولهذا يجوز جميع تصرفاتها فكذا الوصية وذكر العتابي
في الزيادات ان من ارتدت عن الاسلام الى النصرانية
او اليهودية او المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل اليهم
فما صح منهم صح منه وهذا عندهما واما عند ابي حنيفة
فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها
لا تقتل عندنا انتهى فظهر بما ذكرنا ان دعوى
الاجماع على كون وصيتها نافذة محل نظر فليتامل
ووصية الذمي تعتبر من الثلث ولا تصح لوارثه لالتزام
اهل الذمة احكام المسلمين فيما يرجع الى المعاملات
فيجري عليهم احكامنا كما في وصية المسلم وتجوز وصيته

بالتشهير وأما الثاني فلأنه يجري فيه الوراثة فيجري فيه الوصاية
لأن الوصاية أخت الميراث وقد يتيقن بوجوده يوم
الموت إذا أتت بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم الموت ولا تصح
الهبة له أي للحمل لأن الهبة من شرطها القبض ولا يتصور
ذلك من الجنين ولا يلي عليه أحد حتى يقبض عنه وإن
أوصى بأمة إلا حملها أي الحمل دونه أي الحمل صحت الوصية والاستثناء
لأن اسم الأمة وإن لم يتناول الحمل لفظا لكنه يستحق بالإطلاق
استحقاقا تبعا لها فإذا أفردها بالوصية صح إفرادها فإن
قيل إذا لم يتناوله اللفظ فكان ينبغي أن لا يصح الاستثناء
لأنه إخراج ما يتناوله المستثنى منه قلنا لكن بجهة التزي
بزيه كما في استثناء إبليس من الملائكة يعني المتوك بأنه
من الجن على أن صحة الاستثناء لا يفتقر إلى التناول اللفظي
بدليل استثناء قفيز حنطة من ألف درهم ولأن الأصل
أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه وما لا يصح إفراده
بالعقد لا يصح استثناؤه ويصح إفراد الحمل بالوصية فيصح
استثناؤه وغاية الأمر أنه يكون استثناء منقطعا بمعنى
لكن حيث لم يدخل تحت اللفظ ولا بد في الوصية من القبول
لأن الإيصاء تمليك فلا بد من القبول ويعتبر القبول بعد
موت الموصي لأن أوان ثبوت حكمها بعد موت الموصي ولا
اعتبار للرد والقبول في حياته أي حياة الموصي كما إذا قال
لامرأة أنت طالق غدا على درهم فإن ردها وقبولها باطل
قبل الغد وبه أي بالقبول يملك الوصية ولا يملك قبله
لأن الوصية إثبات ملك جديد ولا يملك أحد إثبات الملك
لغيره بلا اختيار إلا أن يموت الموصى له بعد موت الموصي قبل
القبول فإنه أي للموصى له يملكها أي الوصية ونظيره لو رده

للذمي من غير ملته كوصية نصراني ليهودي وبالعكس لأن
الكفر ملة واحدة لا تجوز وصيته لحربي في دار الحرب
لأن اختلاف الدارين يمنع الإرث فكذا الوصية لأنها
أخت الميراث كما تقدم

باب الوصي

لما فرغ
من بيان الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه
وهو الوصي لأن كتاب الوصايا ينتظمه أيضا وإنما قدم
أحكام الموصى له لكثرتها وكون الحاجة إلى معرفتها أمس
ومن أوصى إلى رجل فقبل في وجهه ورد الوصية في غيبته
لا يرتد لأن الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده في غير
وجهه سواء كان في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من
جهته فلا اعتبار لرده في غيبته ويبقى وصايا كما كان فإن
قيل ما الفرق بين الموصى له والموصى إليه في أن رد الموصى له
بعد قبوله وبعد موت الموصي يعتبر دون رد الموصى إليه
قلنا إن نفع الوصية للموصى له نفسه بخلاف الموصى إليه
فإن نفع الوصية راجع إلى الموصي فكان في رده بعد إضرار
عليه وهو لا يجوز فلهذا قلنا لا يعتبر رده دفعا للضرر عن
الموصي وإن رد في وجهه أي وجه الموصي يرتد لأنه ليس للموصي
ولاية إلزامه التصرف ولا غرور فيه فيتوقف على قبوله
فإن لم يقبل الموصى إليه ولم يرد بل سكت حتى مات الموصي
فهو أي الموصى إليه مخير بين القبول وعدمه لأنه ليس للموصي
ولاية الإلزام فبقي مخيرا وإن باع الوصي شيئا من التركة
لم يبق له رد وإن كان غير عالم بالإيصاء فصار بيعه التركة
كقبول الوصية وينفذ وإن لم يكن عالما بالإيصاء فصار وصيا
بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ
ولا يكون البيع من غير علم قبولا فإن رد الوصي الوصاية

بعد

ير ورثة الموصى له ولا حاجة الى القبول وهذا استحسان
والقياس انه تبطل الوصية لما تقرر ان احدا لا يقدر على
اثبات الملك لغيره بدون اختياره فصار كموت المشتري
قبل القبول بعد ايجاب البائع ووجه الاستحسان ان الوصية
من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من
جهته وانما يتوقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه
كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا باع البائع ثم مات
من له الخيار قبل الاجازة ولا تصح الوصية من صبي ولا
مكاتب وان ترك وفا اما عدم صحة الوصية من الصبي فلانه
تبرع كالهبة والصدقة وذلك لان اعتبار عقله فيما ينفعه
دون ما يضره الا يرى انه لا يعتبر عقله في حق الطلاق
والعتاق لان ذلك يضره باعتبار اصل الوضع فكذا تمليك
المال بطريق التبرع منه ضرر باعتبار اصل الوضع وان كان
يتفق نافعا باعتبار الحال والمعتبر في النفع والضرر
النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال
واما وصية المكاتب فعلى ثلاثة اقسام قسم باطل بالاجماع
وهو الوصية بعين من اعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة
وقسم يجوز بالاجماع وهو ما اذا اضاف الوصية الى ما يملكه
بعد العتق بان قال اذا اعتقت فثلث مالي وصية لفلان
حتى لو عتق قبل الموت باداء بدل الكتابة او غيره ثم مات
كان للموصى له ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات ولو عن وفاء
بطلت الوصية لان الملك لم يوجد حقيقة وانما ثبت بطريق
الضرورة فلا يظهر في حق نفاذ الوصية وقسم مختلف
فيه وهو ما اذا قال اوصيت بثلث مالي لفلان ثم عتق
فالوصية باطلة عند الامام وعندهما جائزة والوصية

موفرة

لوائه فرضه

موفرة عن الدين لان اداء الفرض والوصية تبرع فيبدا بالفرض
فلا تصح الوصية ممن يحيط دينه بماله الا ان يبريه الغرما
فحينئذ تصح لزوال المانع وهو تقدم الدين فاذا ابرا الغرما
تنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها وللموصي ان يرجع
في وصيته لانه تبرع لم يتم فجاز رجوعه عنها كالهبة ولان قبول
الوصية بعد الموت فجاز له الرجوع عنها قبل القبول كما في
ساير التصرفات ثم الرجوع قد يثبت صريحا وقد يثبت دلالة
فبين ذلك بقوله قولا كان يقول رجعت عن وصيتي او فعلا
وهو ما فسره بقوله يقطع صفة فعلا حق المالك في الغصب
اي في المغصوب كقطع الثوب وخياطته او يزيل ملكه كالبيع
والهبة فانه اذا باع الموصى به او وهبه كان رجوعا دلالة
والدلالة تقوم مقام الصريح فقام الفعل المذكور مقام
القول وان اشتراه اي الموصى به او رجع عن الهبة بعد
ذلك اي بعد ما ذكر من البيع والهبة وزوال الملك والاجرة
تملكه ثانيا بالشرا او الرجوع او يوجب معطوف على قوله
يقطع [illegible] صفة لفعلا اي له ان يرجع عن وصيته بان
فعل فعلا يوجب في الموصى به زيادة لا يمكن التسليم الا
بتلك الزيادة كلت السويق بسمن والبنا في الدار والحشو
بالقطن وقطع الثوب وذبح الشاة رجوع قوله والبنا في
الدار والحشو بالقطن يجوز ان يكون معطوفين على لت
السويق وقوله وقطع الثوب مبتدا خبره قوله رجوع
ويجوز ان يكون المبتدا هو قوله والبنا وما عطف عليه
والخبر هو رجوع والاول هو الاظهر لانه بينا به على امتناع
التسليم واما قطع الثوب وذبح الشاة فلبنا به على
الاستهلاك وكون ذلك الفعل بدل على انه قد تصرف

الى حاجته تبطل به الوصية ويكون رجوعًا لا غسل الثوب
وتجصيص الدار وهدمها فانه ليس برجوع لان ذكر ليس
بتصرف في نفس ما وقعت الوصية به ولانه تصرف في البنا
والبنا تبع والتصرف في التبع لا يدل على اسقاط الحق عن
الاصل وكذا هدم البنا تصرف في التابع والجحود ليس
برجوع عند محمد خلافا لابي يوسف قال في الجامع الكبير
ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا ولمحمد ان الرجوع عن
الشي يقتضي سبق وجود ذلك الشي وجحود الشي يقتضي
سبق عدمه فلو كان الجحود رجوعا لاقتضى وجود الوصية
وعدمها فيما سبق وهو محال ولا قوله اخرت الوصية بان
قيل له اخر الوصية فقال اخرتها لا يكون رجوعا لان
التاخير ليس باسقاط بخلاف قوله تركت الوصية لان
الترك اسقاط او كل وصية اوصيت بها لفلان فهي حرام
فانه لا يكون رجوعًا عن الوصية ولو كان ما اوصيت به
لفلان فرجوع لان اللفظ يدل على قطع الشركة واثبات
التخصيص له فاقتضى رجوعا عن الاول بخلاف ما اذا اوصى
به لاخر ايضا فانه لا يكون رجوعا لان اللفظ صالح للشركة
والمحل يقبلها فيكون مشتركا بينهما الا ان يكون فلان
الثاني ميتا حين اوصى فالوصية الاول تكون على حالها
وتبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها بعدها اي
بعد ما ذكر من الهبة والوصية هكذا وجد في عامة النسخ
بضمير التانيث والظاهر ان يكون النسخة بعدهما اي بعد
الهبة والوصية والاصل في هذا الفصل ان المعتبر كون
الموصى له وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية
لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك

لفلان فهو

حتى لو

كراس ٥٧
٥٦١
561

حتى لو اوصى الى اجنبيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية
للاخ وعكسه اذا اوصى الى اجنبيه وله ابن ثم مات الابن
قبل موت الموصي بطلت الوصية للاخ لما ذكرنا والهبة
والصدقة في مرض المريض لوارثه تبطل الوصية لانه وصية
حكما حتى تعتبر من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه
فيعتبر كونه وارثا او غير وارث عند الاقرار لانه تصرف في
الحال فيعتبر حاله في ذلك الوقت حتى لو اقر لشخص وهو
ليس بوارث له حال الاقرار وله ثابت منها ولد بنا بعد ذلك
لكن شرطه ان يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار وهو
الحرية فكذا لو اقر لاجنبية ثم تزوجها لا يبطل اقراره لها
واما اذا ورث بسبب قائم عند الاقرار لا يصح كما لو اقر لاخيه
المحجوب ثم مات ابنه وكذا الاقرار له ووصيته وهبته لابنه
الكافر او الرقيق ان اسلم او عتق بعد ذلك اي بعد ما ذكر من
الاقرار والوصية والهبة اما الوصية والهبة فلما مر ان
المعتبر فيهما حالة الموت واما الاقرار فلانه وان كان ملزما بنفسه
لكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث
تهمة الايثار فضلا في اعتبار التهمة ملحقا بالوصايا وهبة
المقعد وهو العاجز عن المشي لداء في رجليه والمفلوج الفالج داء
يعرض في نصف البدن فيمنعه عن الحس والحركة الارادية
والاشل وهو الذي يده وهو الذي في يده ارتعاش وحركة
والمسلول وهو الذي يكون به مرض السل وهو قرح في الرية
يعتبر وصية من كل ماله ان طالت مدة مرضه وقدروه بالسنة
ولم يخف موته منه اي من المرض والا اي وان لم تطل مدة مرضه
وخيف موته منه فمن الثلث اي نفذ ما المحيى الا من كان مبتلي
بواحد من هذه الامراض وتصرف بشي من التبرعات ثم مات
قبل تمام سنة كان مريضا مرض الموت فتعتبر تبرعاته من ثلثه

ماله وان مات بعد تمام السنة من حين برعه تنبيه انه لم يكن
مريضا مرض الموت لانه اذا سلم في فصول السنة الاربعة
التي كل واحد منها مظنة الهلاك صار المرض بمنزلة طبع من
طبايعه وخرج صاحبه من احكام المرضى حتى لا يشتغل بالتداوي
كما في الدرر وفي البزازية والمريض الذي يكون تصرفه من
الثلث بان يكون ذا فراش بحيث لا يطيق القيام لحاجته
ويجوز له الصلاة قاعدا ويخاف عليه الموت كالفالج اوصار
مزمنا او يابس الشق لا يكون له حكم المريض الا اذا تغير حاله
عن ذلك ومات من ذلك التغير فاعمل في حال التغير في الثلث
قال الفضلي مرض الموت انه لا يخرج الى حوايج نفسه وعليه
اعتمد في التجريد

باب الوصية بثلث المال

لما كان اقصى ما يدور عليه مسايل الوصايا عند عدم اجازة
الورثة ثلث المال ذكر تلك المسايل التي تتعلق به في هذا
الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب ولو اوصى لكل من اثنين
بثلث ماله ولم يجز وارثه ذلك قسم الثلث بينهما نصفين يعني
اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بثلث ماله ولم يجز الورثة
فالثلث بينهما نصفان لانهما استويا في سبب الاستحقاق
فيستويان في الاستحقاق والثلث يضيق عن حقهما والمحل
يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواحقهما
ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاولى ولو اوصى لاحدهما
بثلثه وللاخر بسدسه ولم يجز الورثة قسم الثلث بينهما
اثلاثا بالاجماع لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح
شرعا وضاق الثلث عن حقهما اذ لا مزيد للوصية على الثلث
فيقسم على قدر حقهما بان يجعل الثلث ثلاثة اسهم سهم لصاحب
السدس وسهمان لصاحب الثلث ولو اوصى لاحدهما بثلثه
ولاخر بثلثيه او بنصفه او بكله ولم يجز الورثة ينصف الثلث

بينهما

بينهما عند الامام لان الوصية باكثر من الثلث اذا لم يجزها الورثة
تكون باطلة فكان اوصى بالثلث لكل واحد ينتصف الثلث
بينهما في جميع هذه الصور وعندهما يثلث الثلث في الاول
اي في وصية للاخر بثلثيه فيكون لصاحب الثلث سهم منه ولصاحب
الثلثين سهمان فيخمس الثلث خمسين وثلاثة اخماس في الثاني
اي في وصية للاخر بنصفه فيكون خمساه لصاحب الثلث وثلاثة
اخماسه لصاحب النصف لان مخرج الثلث والنصف اذا اجتمعا
يكون ستة ونصفه ثلثة وثلثه اثنان فيكون المجموع خمسة
اسهم فيقسم الثلث بهذه السهام ويربع الثلث في الثالث اي
وصية للاخر بكله فيكون لصاحب الثلث ربعه وثلاثه لصاحب
الكل ثلاثة ارباعه وهذا الخلاف مبني على اصل مختلف فيه
بين الامام وصاحبيه واليه اشار بقوله ولا يضرب على صيغة
المبني للمفعول للموصى له بما زاد على الثلث عند الامام قال في
شرح الوقاية المراد بالضرب الضرب المصطلح عند الحساب فانه
اذا اوصى بالثلث والكل فعند الامام سهم الوصية اثنان لكل
واحد نصف يضرب النصف في ثلث المال فالنصف في الثلث
يكون نصف الثلث وهو السدس فينصف الثلث بينهما في الصور
الثلاث كلها وعندهما يقسم الثلث في الصورة الاولى على ثلاثة
اسهم سهم لصاحب الثلث وسهمان لصاحب الثلثين وعلى خمسة
في الصورة الثانية ثلاثة للموصى له بالنصف وسهمان للموصى
له بالثلث وعلى اربعة في الصورة الثالثة ثلاثة للموصى
له بالكل وواحد للموصى له بالثلث الا في المحاباة والسعاية
والدراهم المرسلة اما المحاباة فصورتها انه اذا كان عبدان
لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخر ستماية فاوصى بان
يباع احدهما لفلان بماية والاخر لفلان بماية فان المحاباة حصلة

على الثلث والا يضرب اي لا يجعل الموصى له ... شيئا ولا يعطى له اكثر من الثلث شيئا

والضرب في اصطلاح الحساب تضعيف احد العددين بقدر ما في العدد الاخر من الاحاد اخي جلبي

حب

لاحدهما بالف وللاخر بخمسمائة وهذا الكل وصية لكونها في حالة المرض
فان لم يكن للموصي مال غيرهما ولم يجز الورثة اجازت المحاباة
بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب
وصيته وهي الالف والموصى له الاخر بحسب وصيته وهي خمسمائة
فلو كان هذا اكساب الوصايا على قول الامام وجب ان لا يضرب للموصى
له بالالف في اكثر من خمسمائة واما السعاية فصورتها ان يوصي
بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفان ولا مال له
غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا عتقا جميعا
من الثلث وثلث ماله الف بينهما على قدر وصيتهما ثلثاه
للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف
ويسعى في الباقي واما الدراهم المرسلة اي المطلقة عن كونها
ثلثا او نصفا او نحوهما فصورتها ان يوصي لرجل بالفين ولاخر
بالف وثلث ماله الف ولم يجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا وبطل
الوصية بنصيب ابنه يعني لو اوصى بنصيب ابنه من ميراثه لغيره
بطلت لان ما هو حق الابن لا يصح ان يوصي به لغيره لما فيه من
تغيير ما فرض الله وتصح الوصية بمثل نصيب ابنه اذ لا مانع منه
لان مثل الشيء غيره سواء كان له ابن موجود او لا كما في العناية
وقال زفر تصح كلاهما صحيحتان لان الجميع ماله في الحال وذكر
نصيب الابن للتقدير به مع انه يجوز ان يكون على تقدير
المضاف وهو مثل ومثله شائع قال الله تعالى واسأل القرية اي
اهلها فلو كان له ابنان واوصى بمثل نصيب ابنه لاخر فللموصى
له الثلث والقياس ان يكون النصف عند اجازة الورثة
لانه اوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف
ووجه ما في المتن انه قصد ان يجعله مثل ابنه لا ان يزيد
نصيبه على نصيب ابنه وحاصله ان يجعل الموصى له كاحدهما
وان كان

وان كان له ثلاثة بنين واوصى بمثل نصيب ابنه لاخر فالربع
على هذا القياس وان اوصى بجزء من ماله فالتعيين مفوض
الى الورثة فيقال لهم اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول
القليل والكثير والوصية لا تبطل بالجهالة والورثة قائمون
مقام الموصي فكان اليهم بيانه وان اوصى بسهم من ماله فالسدس
عند الامام وعندهما مثل نصيب احدهم اي احد الورثة الا ان
يزيد النصيب على الثلث ولا اجازة من الورثة وسوى في الكنز
بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ والمروي عن الامام
السهم عبارة عن السدس وروي مثل ذلك عن ابن مسعود
رضي الله عنه وفي الجامع ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس
السهام ويبقى عند الامام ولا يزاد على السدس لان مخرج السدس
اعدل المخارج فلا يتجاوز عنه كما في الاقرار وهذه اشارة الى
جواب سؤال وهو ان يقال ان اخس الانصباء اقلها والتي اقل من
السدس فكيف جعله بمعنى السدس وقد اجاب عنه في العناية
بان جعله بمعناه مأثور من الاثر واللغة اما الاثر فما روي
عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام
فيما يروى ان السهم هو السدس واما اللغة فان اياس بن
معاوية قاضي البصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس
وقالوا اي المشايخ هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء فالتعيين
فيه مفوض الى رأي الورثة وان اوصى له بسدس ماله ثم
بثلث ماله بان قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس
او مجلس اخر ثلث مالي لفلان واجازوا اي الورثة فله الثلث
لكون السدس داخلا في الثلث فلا ينافيه وان اكثر منه الثلث وان
اوصى بسدسه لفلان ثم بسدسه له فله اي للموصى له السدس
الواحد سواء اتحد المجلس او اختلف هذا قيد للمسئلتين معا وانما

كان له السدس في هذه الصورة لان المعرفة اذا اعيدت معرفة
كانت الثانية عين الاولى كما قرر في الاصول وكما روي عن
ابن عباس رضي الله عنه في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ا
ان مع العسر يسرا لن يغلب عسر يسرين وههنا سوال ذكره صدر
الشريعة ولم يجب عنه وهو ان قوله ثلث مالي ان كان اخبارا
فكاذب وان كان انشا يجب ان يكون له النصف عند اجازة الورثة
وان كان في السدس اخبارا وفي الثلث انشا فهو ممتنع واجاب
عنه صاحب الدرر بانا نختار انه انشا وانما لم يجب له النصف
عند الاجازة لو كان النصف مدلول اللفظ وليس كذلك فان
السدس والثلث في كلامه شايع وضم الشايع الى الشايع لا يفيد
الازدياد في العدد بل يتعين الاكثر مقدما كان او موخرا ولهذا
قال الجمهور في تعليله لان الثلث متضمن للسدس فان التضمن
لا يتصور الا في الشايع وضم السدس الشايع الى الثلث الشايع
لا يفيد زيادة في العدد فلا يتناول اكثر من الثلث وفايدة
الاجازة انما تظهر فيما يكون متناول اللفظ والا كان تبرعا مستانفا
لا اجازة وفي العناية فان قيل فاي فايدة في قوله اذا اجازت
الورثة فالجواب ان معناه حقه الثلث وان اجازت الورثة
لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثانية
زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد
ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن
وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصا بالثلث انتهى ولو اوصى بثلث
دراهمه او بثلث غنمه او بثلث ثيابه وهي اي الثياب من جنس واحد
فهلك الثلثان وبقي الثلث فله الباقي ان خرج من الثلث اي
من ثلث ما بقي من ماله وهذا الجميع من الباقي وقال زفر له
ثلثه وكذا كل مكيل وموزون اي اذا هلك الثلثان فللموصى له

ثلث الباقي

ثلث الباقي وفي التسهيل اشارة الى انه يشترط ان يكون للكيل
والموزون من جنس واحد وان اوصى بثلث ثيابه وهي متفاوتة
اي ليست من جنس واحد فهلك الثلثان فله ثلث ما بقي من
الثياب لاختلاف الجنس وان اوصى بثلث عبيده فهلك الثلثان
فكذلك اي يكون له ثلث ما بقي من العبيد عند ابي حنيفة
بناء على ان الظاهر هو اختلاف اجناسهم لتفاوت بين افرادهم
فلا يكون جمع حق احدهم في الواحد وعندهما فله كل الباقي
لانهم جنس واحد حقيقة وان تفاوتت افرادهم في الظاهر
وهذا الخلاف مبني على قسمة الرقيق فعند الامام يقسم
كل عبد على حدة فما هلك يهلك على الاشتراك بين الموصى
له وبين الورثة وعندهما يقسم الكل قسمة واحدة وقيل انه
لو اتفقا ان الامام في العبيد فقط فلا خلاف بينهم في ان له
ثلث ما بقي والدواب كالعبيد اختلافا واتفاقا وان اوصى
بالف وله عين ودين مثلي عين ان خرج الالف من ثلث العين
بان كان له ثلاثة الاف وهي نقدا وعين قيمتها ثلاثة الاف
درهم فيدفع له الالف لانه امكن ايصال كل مستحق الى حقه
بلا بخس فيصار اليه والا اي وان لم تخرج الالف من ثلث
العين بان كان النقد ايضا الفا والعين قيمتها الف مثلا
دفع ثلث العين للموصى له بالغا ما بلغ ودفع للموصى له ثلث
ما يستوفي من الدين الى ان يتم الالف لان الموصى له شريك
الوارث فلو خصصناه بالعين لبخسنا في حق الورثة لان
للعين مزية على الدين اذ العين مال مطلقا والدين مال
في المآل لا في الحال فكان تعديل النظر من الجانبين فيما قلنا
وان اوصى بالثلث من ماله لزيد وعمرو واحدهما ميت فكله
اي الثلث للحي لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم

الى الذهن واهل لهما وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته كان له نصف
الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لانه حينئذ يكون لغوا فكان راضيا
بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو واحدهما ميت
فالنصف اي نصف الثلث للحي لان مقتضى هذا اللفظ ان يكون
لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم وان اوصى بثلث ماله ولا
مال له عند الوصية فاكتسب الموصي مالا بعد الوصية فله اي للموصى
له ثلث ماله عند الموت لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد
الموت فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وان اوصى بثلث
غنمه ولا غنم له اصلا او كان له غنم فهلك قبل موته اي الموصي
بطلت الوصية لما مر انها ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه عنده
ولم يوجد وهذه وصية متعلقة بالعين فتبطل بهلاكها عند
الموت وان استفاد الموصي غنما ثم مات صحت وصيته في القول
الصحيح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم
لانها لو كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل
اذ المعتبر وجوده عند الموت وانما قال في الصحيح احترازا عن
قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه اضاف الى مال
خاص فصار بمنزلة التعيين وان اوصى بشاة من ماله ولا غنم
له فله اي الموصى له قيمتها اي قيمة الشاة لانه لما قال من مالي
دل على ان غرضه الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد من
مطلق المال وتبطل الوصية لو اوصى بشاة من غنمه ولا غنم
له لانه لما قال من غنمي دل ان غرضه عين الشاة حيث جعلها
جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال ولو اوصى بشاة
ولم يضفها الى ماله ولا غنم له لا تصح لان المصحح اضافتها الى
المال وبدون الاضافة الى المال يعتبر صورة الشاة ومعنا ها
وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده
المالية

المالية وان اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن اي امهات
اولاده ثلاث وللفقراء والمساكين بثلث فلهن اي لامهات
اولاده ثلاثة اخماسه ولكل فريق من الفقراء والمساكين خمسين
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لامهات اولاده ثلاثة
اسباعه ولكل فريق سبعان فيقسم على سبعة اسهم للفقراء
سهمان وللمساكين سهمان ولامهات اولاده ثلاثة اسهم واصله
ان الوصية للفقراء والمساكين تتناول الواحد منهم عند الامام
وابي يوسف لان اسم الجنس يتناول الواحد ويحتمل الكل كما
قال الله تعالى لا يحل لك النساء من بعد وقد تعذر صرفه الى الكل
فيتعين الواحد وعن محمد انها تتناول الجمع وادناه اثنان
فصاعدا في الوصايا والوصية لامهات الاولاد جائزة لانها
ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وهن بعد الموت حرائر وانما
جنسان بدليل عطف احدهما على الاخر في النص ومقتضاه
المغايرة فيصير عدد المستحقين خمسة عندهما وعنده سبعة
كما في الكافي وان اوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء فله اي لزيد
نصفه اي نصف الثلث ولهم اي للفقراء نصفه وعند محمد له ثلثه
ولهم ثلثاه اي ثلثا الثلث وان اوصى بمائة لزيد ومائة لعمرو
ثم قال لبكر اشركتك معهما فله اي لبكر ثلث ما استحق لكل واحد
من زيد وعمرو من المائة لان الشركة للمساواة لغة ولهذا احمل
قوله تعالى فهم شركاء في الثلث على التساوي وقد امكن اثبا ت
المساواة بين الكل في الاولى لاستواء المالين فيأخذ من كل واحد
منهما ثلث المائة فيتم له ثلثا المائة ويأخذ كل واحد منهما ثلثي
المائة ولو اوصى بمائة لزيد وخمسين لعمرو ثم قال لبكر اشركتك
معهما فلبكر نصف ما لكل منهما لانه لا يمكن المساواة بين الكل
هنا لتفاوت المالين فحملنا على مساواة الثالث مع كل منهما

بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد منهما للتاليت وفي المنح ولو
اوصى لرجل بجارية ولآخر بجارية اخرى ثم قال لآخر اشركتك
معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة كان له نصف كل
واحدة منهما بالاجماع وان كانت قيمتهما على السوا فله ثلث كل
واحدة منهما عندهما وعند ابي حنيفة نصف كل واحدة منهما
بناء على ما تقدم من انه لا يرى قسمة الرقيق فيكون الجنسان
مختلفين وهما يريانها فصار كالدراهم المتساوية انتهى وان
قال لفلان عليّ دين فصدقوه على صيغة الامر فانه يصدق
الى الثلث اي اذا ادعى المقر له الدين اكثر من الثلث وكذبه
الورثة هذا استحسان اي هذا الحكم والقياس ان لا يصدق
لانه امرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعي بلا حجة لان
قول فلان علي دين اقرار بالمجهول لان الاقرار بالمجهول وان
كان صحيحا ولكنه لا يحكم به الا بالبيان وقد فات وجه
الاستحسان انه سلطه على ما له عبا اوصى وهو علك هذا
التسليط بقدر الثلث دان بوصيته له ابتداء افيصح تسليط
ايضا لاقراره بمجهول لان المرء قد يحتاج الى ذلك بان يعرف
قدره فيسعى في فكاك رقبته بهذا الطريق فيجعل وصية
في حق التنفيذ وان كان دينا في حق المستحق وجعل التقدير
فيها الى الموصى له فلهذا يصدق في الثلث دون الزيادة
فان اوصى مع ذلك الاقرار بالمجهول بوصايا عزل ثلث
لها اي لاصحاب الوصايا وثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم
وكذا الوصايا معلومة والدين مجهول فلا يزاحم المعلوم
ويقال لكل من الموصى لهم والورثة صدقوه اي فلانا المقر
له فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق بالنظر الى اقرار
المالك وصية في حق التنفيذ فينفذ من الثلث فاذا اقر

كل فريق

كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين نصيب
اصحاب الوصايا والورثة بينا فاذا ابينوا شيئا فيؤخذ اصحاب
الوصايا بثلث ما اقروا به ومما بقي من الثلث لهم ويؤخذ الورثة
بثلثي ما اقروا به تنفيذ الاقرار كل فريق في قدر حقه ويحلف
كل من اصحاب الوصايا والورثة على العلم بدعوى المقر له الزيادة
على ما اقروا ومعنى قوله على العلم اي على عدم العلم بما ادعاه
المقر له من الزيادة على اقرارهم وانما كان تحليفا لانه تحليف
على فعل الغير قال الزيلعي هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا
يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث
وهنا لزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث لان اصحاب
الوصايا اخذوا الثلث على تقدير ان يكون الوصايا تستغرق
الثلث كله ولم يبق في ايديهم من الثلث شيء فوجب ان لا يلزمهم
تصديقه انتهى وان اوصى بعين لوارثه ولاجنبي فللاجنبي نصفها
اي نصف العين ولا شيء للوارث لانه اوصى بما يملك وبما لا يملك
وصح فيما يملك وبطل في الآخر بخلاف ما لو اوصى لحي وميت حيث
يكون الكل للحي لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما
والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وان
اوصى لكل واحد من ثلاثة اشخاص بثوب وهي اي الثياب
المدلول عليها بثوب لكل واحد متفاوتة جيد ووسط ورديء
فضاع ثوب من هذه الثياب ولم يدر ان الثياب هو اي
الضائع والحال ان الورثة تقول لكل من الثلاثة هلك حقك
بطلت الوصية لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء
وتحصيل غرض الموصي فتبطل الوصية وكذا تبطل الوصية اذ قال
الوارث لكل واحد منهم هلك حق احدكم ولا ادري من هو فلا ادفع
الى كل منكم شيئا كذا في الزيلعي فان سلموا اي الورثة ما بقي من

الثياب فلذي الجيد ثلثا جيدها ولذي الردي ثلثا رديها ولذي الوسط ثلث كل منهما اي من الجيد والردي وانما تعين حق صاحب الجيد في الجيد لانه لا حق له في الردي بيقين ويحتمل ان يكون حقه في الجيد فان كان هو الجيد الاصلي ويحتمل ان يكون حقه في الضائع بان كان هو الاجود فكان تنفيذ وصية في محل يحتمل ان يكون حقه اولى وانما تعين حق صاحب الردي لانه لا حق له في الجيد بيقين ويحتمل ان يكون حقه في الردي بان كان هذا الردي الاصلي ويحتمل ان يكون حقه في الضائع بان كان هو الاردي فكان تنفيذه في محل يحتمل ان يكون حقه اولى وانما تعين حق الاوسط في ثلث كل واحد من الثوبين لانه لما اخذ صاحب الجيد ثلثي الجيد وصاحب الردي ثلثي الردي ولم يبق الا ثلث كل واحد منهما فقد تعين حقه في ذلك ضرورة ولانه يحتمل ان يكون حقه في الجيد بان كان الضائع اجود فيكون هذا وسطا فكان هذا تنفيذ وصية في محل يحتمل ان يكون حقه كذا في الهداية وان اوصى ببيت معين من دار مشتركة يعني اذا كانت دار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه من تلك الدار لرجل اخر ثم مات الموصي قسمت الدار فان خرج ذلك البيت في نصيب الموصي فهو اي البيت للموصى له عند الشيخين وعند محمد له اي للموصى له نصفه اي نصف البيت والا اي وان لم يخرج البيت في نصيب الموصي فله اي للموصى له قدر ذرعه اي ذرع البيت عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد له قدر نصف ذرعه لانه اوصى بملكه وملك غيره لكون الدار مشتركة فتنفذ وصيته في ملكه ويتوقف الباقي على اجازة صاحبه فان ملكه لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه فاذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين

الموصي

ها

وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية م

الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت لانه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذ في عين الموصى به ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه على الكمال وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر في جميعه ومعنى المبادلة في القسمة تابع والمقصود تكميل المنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه ولا تبطل الوصية اذا وقع البيت كله في نصيب شريكه فلو كانت مبادلة لبطلت والاقرار كالوصية يعني اذا اقر ببيت معين من دار مشتركة كان مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليمه كله ان وقع البيت في نصيب المقر عندهما وان وقع في نصيب غيره يؤمر بتسليم قدر ذرعه وعند محمد يؤمر بتسليم نصفه ان وقع في نصيب المقر وقدر نصف ذرعه ان وقع في نصيب الغير وقيل لا خلاف فيه اي في الاقرار لمحمد بل هو موافق للشيخين وهو اي عدم الخلاف بين محمد والشيخين هو المختار والفرق لمحمد على هذه الرواية ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تنفذ الوصية وان اوصى بالف عين من مال الغير صح ان اجاز اي رب الالف الاجازة بعد موت الموصي وله المنع بعد الاجازة لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازة صاحبه فاذا اجاز كان منه ابتداء تبرع فله ان يمتنع من التسليم كسائر التبرعات بخلاف الورثة لو اجازوا كلما زاد على الثلث فانه ليس لهم ان يمتنعوا من التسليم بعدها لان الوصية في نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه وانما امتنعت لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي وان اقر احد الابنين بوصية ابيه بالثلث فعليه اي للمقر

دفع ثلث نصيبه استحسانا وقال زفر يعطيه نصف ما في يده
قياسا لان اقراره بالثلث تضمن اقراره بمساواته والتسوية
في اعطاء النصف ليبقى له النصف فصار كما اذا اقر احدهما باخ
ثالث لهما وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع في كل التركة
فكان مقرا له بثلث كل جزء من التركة فيلزمه ثلث ذلك ولا يلزمه
اكثر من ذلك ولانه لو اخذ نصف ما في يده لزاحمه على الثلث
لانه ربما يقر الابن الاخر به ايضا فيأخذ نصف ما في يده
فيصير نصف التركة وهذا بخلاف ما لو اقر احدهما بدين
لغيره فانه يعطيه كل ما في يده اذا كان الدين مستغرقا
لما في يده لان الدين مقدم على الميراث فقد اقر ان رب الدين
احق منه بما في يده واما الموصى له فهو شريك الوارث فصار
مقرا بانه شريكه وشريك اخيه في الثلث فلم يسلم له شيء الا
ان يسلم للوارث مثلاه وفي الفصول العمادية ادعى رجل دينا
على ميت فاقر احد ابنيه قال الفقيه ابو الليث الاختيار عندي
ان يوخذ منه ما يخصه من الدين وهو قول الشعبي والبصري
وابن ابي ليلى وسفيان الثوري وغيرهم ممن تابعهم وهذا
القول ابعد من الضرر وقال بعض المشايخ يوخذ من حصة
المقر جميع الدين لكن قال مشايخنا هنا زيادة شيء لا يشترط
في الكتب وهو ان يقضي القاضي عليه باقراره اذ بمجرد اقراره
لا يحل الدين في نصيبه بل يحل بقضاء القاضي عليه وتظهر ذلك
المسئلة ذكرت في الزيادات وهي ان احد الورثة اذا اقر
بالدين ثم شهد هو ورجل ان الدين كان على الميت فانها
تقبل وتسمع شهادة المقر فلو كان الدين يحل في نصيبه بمجرد
اقراره لزم ان لا تقبل شهادته لما فيه من الغرم كما في صاحب
الزيادات وينبغي ان تحفظ هذه الزيادة فان فيها فائدة
عظيمة

عظيمة انتهى وان اوصى بامة فولدت بعد موته اي الموصي فهما
اي الامة وولدها للموصى له ان خرجا من الثلث لان الام
دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا
بالام فاذا ولدت ولدا قبل القسمة والتركة قبل القسمة
مبقاة على حكم ملك الميت قبلها حتى تقضى ديونه وتنفذ منها
وصاياه دخل الولد في الوصية فيكونان للموصى له والا
اي وان لم يخرجا من الثلث اخذ الموصى له الثلث منها اي من
الام ثم اخذ منه اي من الولد فيأخذ الموصى له ما يخص الثلث
من الام اولا فان فضل شيء ياخذه من الولد عند ابي حنيفة
وعندهما ياخذ منهما اي من الام والولد على السواء لان
الولد دخل في الوصية تبعا حال اتصاله بها فلا يخرج عن
الوصية بالانفصال فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير
تقديم في الاخذ من الام وله ان الام اصل والولد تبع والتبع
لا يزاحم الاصل بالبيع وفي جعل الولد شريكا معها نقض الوصية
بالام فلا يجوز بخلاف البيع والعتق في الولد لا ينقص شيئا في
الاصل بل يبقى تاما صحيحا الا انه يحط بعض الثمن عن الاصل
ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض وذكر جابر لا باس
به لان الثمن تبع حتى لا يشترط وجوده عند البيع وينعقد
البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة
وقبل قبول الموصى له فان ولدت بعد القبول وبعد القسمة
فهو للموصى له لان التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت
فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له وان ولدت بعد
القبول قبل القسمة ذكر القدوري انه لا يصير موصى به ولا يعتبر
خروجه من الثلث وكان للموصى له جميع المال كما لو ولدت
بعد القسمة ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه

من الثلث كما لو ولدت قبل القبول وان ولدت قبل موت الموصي
لم تدخل تحت الوصية وبقي على حكم الميت لانه لم يدخل تحت الوصية
قصدا والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا كذا في الكافي باب
العتق في المرض الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن
لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة واخره عن
صريح الوصية لان الاصل في الدلالة العبرة لحال التصرف
في التصرف المنجز وهو الذي اوجب حكمه في الحال كانت حر
او وهبتك فان كان التصرف المنجز في الصحة فمن كل المال وان
كان في مرض الموت فمن ثلثه اي ثلث المال والمراد بالتصرف الذي المال وح
هو انشا ويكون فيه معنى التبرع حتى ان الاقرار بالدين
في المرض ينفذ من كل المال والنكاح في المرض تكون المهر فيه
من كل المال والتصرف المضاف الى الموت وهو ما اوجب حكمه
بعد موته كانت حر بعد موتي او هذا لزيد بعد موتي يعتبر
من الثلث وان كان هذا التصرف في الصحة فالمعتبر حينئذ
ليس حالة العقد بل حالة الموت ومرض صح صاحبه منه اي من
المرض كالصحة فقوله مرض مبتدا خبره قوله كالصحة وانما كان
كالصحة لان حق الغرما والورثة لا يتعلق حقهم بماله الا في مرض
موته وبالبرء منه تبين انه ليس بمرض موت فلا يكون لاحد
حق في ماله فله التصرف فيه كما شا فالمحاباة في مرض الموت
والمحاباة وهي ان يبيع عبدا قيمته مائتان بمائة مثلا والكفالة
والهبة وصية اي كالوصية ووجه الشبه في اعتبارهم من
الثلث اي حكم هذه التصرفات كحكم الوصية حتى تعتبر من
الثلث ومزاحمة اصحاب الوصايا في الضرب لا انها وصية
حقيقة لان الوصية ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات
منجزة في الحال فان اعتق وحابى ومنافي الثلث عنها اي
عن العتق

بعد موته اي بعد موت الموصي ثم قبل صح ما لم ينفذ قاض
رده ولم يخرجه من الوصاية بان قال لا اقبل لانه بمجرد
قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان فيه ضررا بالميت
وضرر الوصي فيه لا يقابل بمجبور بالثواب الا ان القاضي
اذا اخرجه عن الوصاية يصح لانه مجتهد فيه فكان
له اخراجه بعد قوله لا اقبل كما ان له اخراجه بعد قبوله
حتى اذا راى عجزه اصلح كان له عزله ونصب غيره وربما
يعجز هو عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصية فيدفع القاضي
الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت يتصرف فيه فيندفع
الضرر عن الجانبين ولو قال اقبل بعد ما اخرجه القاضي
لا يلتفت اليه لانه قبل بعد ما بطلت الوصية باخراج
القاضي اياه وان اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجه
القاضي ونصب غيره اي اذا اوصى الى هولاء المذكورين
اخرجهم القاضي عن الوصاية واستبدل غيرهم مكانهم
وذكر القدوري ان القاضي يخرجهم عن الوصية وهذا يدل
على ان الوصية كانت لهم صحيحة لان الاخراج يكون بعد
الدخول ويدل عليه ما في السراجية من قوله اذا اوصى
الى عبد او ذمي او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ولو
تصرفوا قبل الاخراج جاز انتهى وذكر محمد في الاصل
ان الوصية باطلة لعدم الولاية لهم ووجه الصحة ثم
الاخراج كما ذكره الزيلعي ان اصل النظر ثابت لقدرة
العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره
على ما عرف من اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه
لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه
بعدها والمعاداة الدينية الباعثة على ترك النظر في حق

المسلم والقائم الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضي عن الوصية
ويقيم غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط في الاصل ان
يكون الفاسق مخوفا منه على المال لانه يعذر بذلك في اخراجه
وتبديله بغيره بخلاف ما اذا اوصى الى مكاتبه ومكاتب غيره
حيث يجوز لان المكاتب في منافعه كالحر وان عجز بعد ذلك
فالجواب فيه كالجواب في القن وان اوصى الى عبده فان
كان كل الورثة صغارا صح الايصا عند الامام لانه مخاطب
مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه
ولاية فان للصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية التصرف
فلا منافاة خلافا لهما وهو القياس وقيل قول محمد
مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة ومرة مع ابي يوسف
ووجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان
فيه اثبات الولاية للملوك على المالك وهذا قلب المشروع
ووجه ما ذكره الامام مر بيانه وان كان فيهم اي في الورثة
كبير بطل الايصا الى عبد نفسه اجماعا لان الكبير ان يمنع
العبد من التصرف او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري
عن التصرف فيعجز عن الوفا بحق الوصاية ولو كان الوصي
عاجزا عن القيام بالوصية اي امورها ضم القاضي اليه اي
الى العاجز غيره لان في الضم رعاية الحقين حق الموصي وحق
الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره
ولو شكى الوصي الى القاضي ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة
لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه وان كان
الوصي قادرا على القيام بامور الوصايا امينا لا يخرج على
صيغة المجهول وفاعله المنوب عنه هو القاضي وان شكا
اليه الورثة كلهم او بعضهم منه اي من الوصي ما لم يظهر منه خيانة

قال

قال الزيلعي لو كان قادرا على التصرف وهو امين فيه ليس
للقاضي ان يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه
فكان ابقاؤه اولى الا يرى انه يقدم على ابي الميت مع وفور
شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكت الورثة
او بعضهم الوصي اليه لا ينبغي ان يعزله حتى يبدو له منه
خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت منه
الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها وليس
من النظر ابقاؤه بعد فواتها وهو لو كان حيا لاخرجه منها
فينوب القاضي منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كانه
مات ولا وصي له ولم يذكر ما اذا عزل القاضي ما ليس له وعزل
الوصي العدل المختار هل ينعزل ام لا وذكر ذلك قاضيخان
في فتاويه حيث قال وصي الميت اذا كان عدلا كافيا فلا
ينبغي للقاضي ان يعزله واذا لم يكن عدلا عزله فلا يعزله
ولكن يضم اليه كافيا ولو عزله ينعزل وكذا لو عزل القاضي
العدل الكافي ينعزل كما ذكره الشيخ الامام المعروف بخواهرزاده
وقال ابن الشحنة في شرح الوهبانية قلت وفي وسط
المحيط ان القاضي يصير جائرا اثما فاسقا قال وعند
المشايخ لا ينعزل العدل الكافي بعزل القاضي لانه مختار
الميت فيكون مقدما على القاضي وعزي في القنية العزل
العزل العدل الكافي لخواهرزاده وان ظهير الدين المرغيناني
استبعده لانه مقدم على القاضي لانه مختار الميت وان
استاذه البديع قال اذا كان هذا في وصي الميت فكيف وصي
القاضي ونحوه في المبسوط والهداية انتهى وفي جامع
الفصولين من الفصل السابع والعشرين الوصي من
الميت لو عدلا كافيا لا ينبغي للقاضي ان يعزله فلو عزله قيل

ينعزل أقول الصحيح عندي أنه لا ينعزل لأنه كالموصي وهو أشفق بنفسه من القاضي فكيف يعزله وينبغي أن يفتى به لفساد قضاة الزمان كما في النفقة أفاد ترجيح عدم صحة العزل للوصي وإن أوصى إلى اثنين لا ينفرد أحدهما بالتصرف في مال الميت وإن تصرف فيه فهو باطل وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ولو أوصى إلى رجلين ثم إن أحدهما تصرف في المال في غير الأشياء المعدودة ثم أجاز صاحبه فإنه يجوز ولا يحتاج إلى تجديد العقد كذا في الجوهرة ثم إن ما ذكره في الجوهرة من الأشياء المعدودة التي يجوز لأحد الوصيين الانفراد بالتصرف فيها ما استثناه بقوله إلا بشراء الكفن وتجهيزه فإنه لا يبتني على الولاية وربما يكون أحدهما غائبا ففي اشتراط اجتماعهما فساد الميت ألا يرى أنه لو فعل عند الضرورة جيرانه جاز وخصومة في حقوقه لأنهما لا يجتمعان عليها عادة ولو اجتمعا لا يتكلم إلا أحدهما غالبا على أنهما لو تكلما حال الخصومة معا ربما لم يفهم القاضي دعواهما لاختلاط كلام أحدهما بالآخر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين أيضا وقضاء دين كان على الميت وطلبه أي الدين الذي له على الغير وشراء حاجة الطفل لأن في تأخيره خوف لحوق الضرر به كخوف الهلاك من الجوع والعري وقبول الهبة أي للطفل فإنه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الأم وكل من هو في يده ورد وديعة معينة وتنفيذ وصية معينة وإعتاق عبد معين لعدم الاحتياج إلى الرأي في ذلك كله بخلاف ما إذا لم تكن المذكورات معينة فلربما احتيج فيها إلى الرأي فلا ينفرد أحدهما بذلك دون الآخر ورد مغصوب فيجوز لأحد الوصيين الانفراد برده دون

الآخر

الآخر ولم يقيدوا المغصوب بكونه معينا ولم يبينوا السر في إطلاقه عن التقييد ووجهه غير ظاهر فيما لو اشترى شراء فاسدا فلكل واحد منهما أن ينفرد برده لما تقدم من عدم الاحتياج إلى الرأي وجمع أموال ضائعة وحفظ المال لأن في التأخير إلى اجتماعهما خوف الفوات وبيع ما يخاف تلفه إذ يسرع إليه الفساد ففي التأخير إلى الاجتماع ضرر بين هذا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يجوز الانفراد لكل واحد منهما مطلقا ولا يختص الانفراد بالأشياء المعدودة لأن الإيصاء من باب الولاية والولاية إذا ثبتت لاثنين شرعا ثبتت لكل واحد منهما على الانفراد كالأخوين في ولاية الإنكاح فكذا إذا ثبتت شرطا ولهما أن الولاية لا تحتمل التجزي لأنها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تتجزى ولهما أن سبب هذه الولاية التفويض فلا بد من مراعاة صفة التفويض والموصي إنما فوض الولاية إليهما معا وهذا الشرط مفيد فلم يثبت بدون ذلك الشرط فإنه رضي برأي الاثنين ورأي الواحد لا يكون كرأيهما بخلاف الأخوين في النكاح لأن السبب ثمة الأخوة وهي قائمة بكل واحد منهما على الكمال والسبب هنا الإيصاء وهو إليهما لا إلى كل واحد منهما ولأن الإنكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بإنكاحها من كفو خاطب يجب عليه وهنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف بخلاف الأشياء المعدودة لأنها من باب الضرورة ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع فلهذا قال بجواز الانفراد في الأشياء المعدودة دون غيرها ثم قيل الخلاف فيما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة وأما إذا أوصى إليهما بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالإجماع ذكره الحلواني

قال ابو الليث وهو الاصح وبه ناخذ وقيل الخلاف في الفصلين جميعا
ذكره الاسكاف وقال في المبسوط هو الاصح كذا في التبيين
فان مات احد الوصيين اقام القاضي غيره مقامه ان لم
يوص الى احد اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد
بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا اخر نظرا للميت والورثة
وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف لكن
للموصي مقصود ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن
التحقق بنصب وصي اخر مكان الوصي الميت وان اوصى الوصي
الذي مات الى الحي جاز ايضا ويتصرف الحي وحده في ظاهر
الرواية كما اذا اوصى الى شخص اخر ولا يحتاج القاضي
الى نصب وصي اخر لان رأي الميت يكون باقيا حكما برأي من
يخلفه وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الحي لا ينفرد بالتصرف
لان الموصي لم يرض بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لان المتوفى
رضي برأي الاثنين وقد وجد ووصي الوصي وصي في التركتين
اي اذا مات الوصي فاوصى الى غيره فهو وصي في تركته وتركة
الميت الاول وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت
الاول لان الميت فوض اليه التصرف فلم يفوض له الايصا
الى غيره فلا يملكه ولانه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره ولنا
ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصا الى
غيره كالجد الا يرى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي
تنتقل الى الوصي ولهذا يقدم على الجد ولو لم تنتقل اليه لما
تقدم عليه فاذا انتقلت اليه الولاية ملك الايصا وكذا ان
اوصى الوصي الميت اليه اي الى اخر في احديهما اي في احدى التركتين
يعني اذا اوصى الى اخر في تركته يكون وصيا فيهما خلافا لهما
فانهما قالا لا يقتصر على تركته لانه نص عليها ثم ان قول المص
في احديهما

بتصرف وحده فلا يكون
للوصي ان ينفرد بما يعلم
ان الموصي لم يرضه

في احديهما يفيد عموم الوصية لتركته فقط يكون وصيا فيهما
ولم يذكروا ما اذا اوصى في تركة موصيه لكن قال اخي جلبي في
حواشيه على صدر الشريعة فقول المص او مال موصيه يشعر
بعدم كونه وصيا فيهما على تقدير ذكرها لكن الوصي وحده بدون
ذكر ماله ولم نجد فيه رواية في المعتبرات بل الموجود فيها انه
اذا جعله وصيا في ماله لنفسه فقط او مع مال موصيه او قال
جعلته وصيا بغير قيد ففي جميع ذلك يصير وصيا في المالين
وما يشعر في المتن ليس في كلامهم انتهى وتصح قسمة الوصي
نيابة عن الورثة مع الموصى له سواء كانت الورثة غائبا او صغارا
اي يجوز للوصي ان يقسم التركة بين الورثة الغيب او الصغار
وبين الموصى له بان يفرز حق الورثة ويسلم الباقي الى الموصى
له فلا يرجعون اي الورثة على الموصى له لو هلك حظهم في يد
الوصي لان الهلاك بعد تمام القسمة يكون على من وقع الهلاك
في نصيبه لا تصح مقاسمته اي الوصي معهم اي الورثة نيابة عن
الموصى له والفرق ان الوصي خليفة الميت والوارث خليفة عن الميت
ايضا حتى يرد بالعيب ويرد عليه به فيصلح الوصي خصما عن الوارث
نيابة عنه لان من كان خليفة لمن قام مقامه فصار تصرفه
كتصرفه اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه اما الموصى له
فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لان الموصى له ملكا جديدا
ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه فلم يصلح الوصي خصما عنه عند
غيبته فلم يكن تصرفه كتصرفه اذا كان غائبا فلم تصح القسمة
عليه فيرجع الموصى له عليهم اي على الورثة بثلث ما بقي لو هلك
حظه في يد الوصي لان القسمة حيث لم تصح لم تنفذ عليه غير
ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة
فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى

ما توي من المال المشترك على الشركة ويبقي ما بقي على الشركة
وصحت القسمة للقاضي لو قاسمهم نيابة عنه اي للموصى له
واخذ قسطه اي نصيب الموصى له الغايب لان للقاضي ولاية
على الغايب فكانت قسمته كقسمة الغايب بنفسه واذا صحت
القسمة من القاضي كان له ان يفرز نصيبه ويقبضه فان فعل
ذلك وهلك المقبوض في يده عن الغايب لم يكن للموصى له على
الورثة سبيل ولا على القاضي وفي الوصية بحج لو قاسم الوصي
الورثة فضاع عنده اي الوصي لو ضده للحج ثلث ما بقي في يد الورثة
الوصي يعني اذا اوصى الميت بحج فقاسم له الوصي مع الورثة
واخذ المال الموصى به فضاع في يده احج عن الميت بثلث
ما بقي من التركة وكذا لو دفعه اي دفع الوصي المال الموصى به
لمن يحج فضاع في يده اي المدفوع اليه واللام في لمن بمعنى
الى لو ضده للحج ثلث ما بقي من التركة لان القسمة لا تراد
لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فصار كما اذا هلك قبل
القسمة فيحج بثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي
يوسف ان بقي من الثلث شي احذوا والا فلا لان محل الوصية
الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت
لفوات محلها وعند محمد لا يوضد شي لان القسمة حق الوصي
الا يرى انه لو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه به فهلك
المال بطلت الوصية فكذا اذا افرزه الوصي الذي قام مقامه
ولو باع الوصي من التركة عبدا مع غيبة الغرما جاز لان
الوصي قايم مقام الموصي ولو تولاه الموصي بنفسه حال صحته
جاز بيعه وان كان مريضا مرض الموت بثمن محض من الغرما فكذا
الوصي لانه قام مقامه وذلك لان حق الغرما متعلق بالمالية
لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو
الثمن

الثمن بخلاف العبد الماذون له في التجارة حيث لا يجوز للمولى
بيعه لان للغرما حق الاستسعا بخلاف ما نحن فيه وان اوصي
ببيع شي من تركته والتصدق به على المساكين فباعه وصيه
وقبض ثمنه فضاع في يده واستحق المبيع ضمنه اي ضمن الوصي
الثمن للمشتري لانه عاقد التزم العهدة بالعقد على نفسه
وهذه عهدة لان المشتري منه لم يرض بدفع الثمن الا ان يسلم
له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب
عليه رده ورجع الوصي به اي بما ضمن في التركة اي تركة الميت
لانه عامل للميت في تنفيذ وصيته فيرجع عليه كالوكيل
وكان ابو حنيفة يقول لا يرجع لانه ضمن بفعله وهو القبض
فلا يرجع على غيره ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة
وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية لا
لتنفيذها فاخذ حكم الوصية ومحلها الثلث ووجه الظاهر
انه انما يرجع عليه لانه صار مغرورا من جهة الميت فكان
الضمان دينا على الميت ومحل قضا الدين كل التركة بخلاف
القاضي او امينه اذا تولي البيع لانه لا عهدة في الترام
العهدة على القاضي تعطيل القضا لنفار الناس عن تقلد
القضا خوفا عن لزوم الضمان وفي تعطيله تعطيل مصالح
الناس وامين القاضي سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي
لانه كالوكيل فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفا لم
يرجع بشي لان البيع وقع للميت لا للورثة وصار كساير
الديون التي تكون على الاموات المفاليس ولو قسم الوصي
التركة فاصاب الوارث الصغير شي فقبضه الوصي وباعه
وقبض ثمنه فضاع واستحق ذلك الشي الذي باعه الوصي
رجع الوصي في مال الصغير لانه عامل له ورجع الصغير على

على بقية الورثة بحصته لبطلان القسمة باستحقاق ما اصابه ولا
يصح بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن على صيغة المجهول فيه
نايب الفاعل ليتغابن ولا يصح بما لا يتغابن في مثله لان تصرفه
مقيد بالنظر في حق الصغير قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم
الا بالتي هي احسن ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف الغبن
اليسير لان في اعتباره تعطيل مصالحه لعدم امكان التحرز
عنه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يصح بيعهم
وشراؤهم بالغبن الفاحش عند الامام لان تصرفهم بحكم
المالكية اذ الاذن فك الحجر اما الوصي فتصرفه بحكم النيابة
الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يجوز لانه
بالغبن الفاحش بمنزلة الهبة من وجه فلا يملكه من لا يملك
الهبة ويصح ان اي بيع الوصي وشراؤه من نفسه ان كان فيه
نفع للصغير كما اذا باع الوصي متاع ماله يساوي خمسة عشر
بعشرة من الصغير او اشترى من متاع الصغير ما يساوي
عشرة بخمسة عشر لنفسه صح خلافا لهما قياسا على الوكيل
وللامام ما تلونا من قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي
هي احسن والتصرف المذكور داخل تحت الاستثناء قال الزيلعي
اما اذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز على قول
محمد والظاهر الروايات عن ابي يوسف انه يجوز على كل حال هذا
في وصي الاب واما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل
حال لانه وكيله وللاب ان يشتري شيئا من مال الصغير لنفسه
اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان بمثل القيمة او بغبن
يسير قال المتأخرون من اصحابنا لا يجوز للوصي بيع عقار
الصغير الا ان يكون على الميت دين او يرغب المشتري بضعف
قيمته او يكون للصغير حاجة الى الثمن وقال الصدر الشهيد
وبه

وبه يفتي وزاد في الفوائد الزينية على ما في الخلاصة ثلاثا
مسايل نقلا عن الظهيرية احدها اذا كان في التركة وصية
مرسلة لا يمكن تنفيذها الا منه وفيما اذا كانت مستغلاته لا تزيد
على مؤنته وفيما اذا كان حانوتا او دارا يخشى عليه النقصان
انتهى ثلاثا وفي الخانية اخر بيعها اذا كان العقار في يد
متغلب وخاف الوصي عليه بعد بيعه انتهى وله اي للوصي دفع
المال اي مال الصغير مضاربة وشركة وبضاعة لانه قائم
مقام الاب وللاب هذه التصرفات فكذا للوصي وله قبول
الحوالة على الاملأ من الملاءة وهي القدرة على الاداء والمفضل
عليه المحيل المديون لا على الاعسر من المحيل المديون فلا
فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو ان يحكم بسقوط
حاكم يرى سقوط الدين اذا مات الثاني مفلسا ولا يرى الرجوع
على الاول بخلاف ما اذا كان المحتال عليه املأ فقيد بعلى
اداء الدين من المديون الاول فانه يجوز لكونه خيرا لليتيم
وان لم يكن خيرا لليتيم بان كان الثاني اكسى من الاول لا يجوز
بقي انه اذا كان الثاني مثل الاول في يسار واعسار هل يجوز ام
اختلف فيه المشايخ قال بعضهم لا يجوز ولا يجوز له اي للوصي ولا
للاب الاقراض لانه ليس فيه منفعة عود نفعه لليتيم ويحتمل
التوى فكان الاحتياط في عدمه ويجوز للاب الاقتراض اي
اخذ القرض من مال الصغير لا للوصي والفرق بينهما ان للاب
ان ياخذ من مال الصبي بقدر حاجته ولا كذلك للوصي ولا يتجر
الوصي في مال الصغير لان المفوض اليه الحفظ دون
التجارة فيجوز بيعه اي بيع الوصي على الكبير الغايب اذا كان
البيع غير العقار لان الاب يلي بيع ما سوى العقار ولا يليه
فكذا وصيه لانه يقوم مقامه ولان القياس ان لا يملك

الوصي في المال المنقول بلا تعيين كما لا يملكه على الكبير الحاضر
[illegible] لا انها يتسارع اليه الفساد
[illegible] هو يملك حفظ الكل بوصيته واما العقار
محفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع ولو كان معلقه حتى باع
العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن
مستغرقا باع منه بقدر الدين عندهما للضرورة الحاجة الى لكن هو
ذلك وعند ابي حنيفة يملك له بيعه كله لانه تصرف حفظا
كالمنقول والاصح انه لا يملكه لانه نادر كذا في التبيين وولي
الاب احق بمال الصغير من جده لان الولاية تنتقل ولاية الاب
اليه فكانت ولاية الاب قائمة معنى فيتقدم على الجد كالاب
نفسه وعند الشافعي الجد احق به حيث انه اقامه الشرع مقام الاب
عند عدمه فان لم يوص الاب فالجد كالاب لان لم يوص الاب
الى احد فالجد احق لانه اشفق من الغير لقيامه مقام الاب في
الارث عليه بالاعتاق دون الوصي اما وصي الاب فانه مقدم عليه
كما سبق بيانه فصل وفي النهاية لما لم يكن الشهادة في
الوصية مختصا بالوصية اخر ذكرها لعدم عراقتها فيه شهد
الوصيان ان الميت اوصى الى احد معهما لا تقبل شهادتهما لانهما
[illegible] لانفسهما باثبات المعين لهما فبطلت للتهمة
فاذا بطلت ضم القاضي اليهما ثالثا لانه في ضمن شهادتهما اقرارا
منهما بان للوصي ثم اليهما ثالثا او ادعاها جحد عليهما فلا يتمكنان
من التصرف بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات
احد الاوصياء الثلاث فللقاضي ان يضم ثالثا فكذا هنا
الا ان يدعيه زيد اي يدعي زيد انه وصي معهما فحينئذ تقبل
شهادتهما وهذا استحسان والقياس ان لا تقبل كالاول ووجه
الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء اذا ما

ولم يترك

ولم يترك وصيا وله ولاية ضم آخر اليهما فكان هذا مثل في ضم مدعي
الوصاية وكذا لا تقبل لو شهد ابنا الميت ان اباهما اوصى الى
زيد وهو ينكر ذلك لجرهما بشهادتهما نفعا وهو ان يكون معينا
لهما حافظا للتركة فكانا متهمين وشهادة المتهم غير مقبولة ولو
ادعى المشهود له الوصاية تقبل استحسانا ووجهه ما ذكر في
المسئلة الاولى ولغت اي بطلت شهادة الوصيين بمال للصغير
يعني لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال للخلي امر فلا تقبل
شهادتهما سواء كان ذلك المال منتقلا اليه من الميت او من
غيره للتهمة في شهادتهما وكذا لغوا شهادتهما للكبير في مال
انتقل اليه من الميت للتهمة في شهادتهما لانهما يثبتان لانفسهما
ولاية الحفظ عند غيبة الكبير وبيع العقار فتبطل شهادتهما وصحت
شهادتهما له اي للكبير وحده في غيره اي في غير مال انتقل اليه
من الميت لانه لا ولاية لهما حينئذ في ذلك المال لان الميت انما
اقامهما مقامه في تركته لا في غيرها هذا عند الامام وعندهما
تصح شهادتهما للكبير في الوجهين اي في مال انتقل اليه سواء كان
من الميت او غيره لانه لا تصرف لهما في حصة الكبير فلغت
هذه التهمة لرد شهادتهما وشهادة الوصي على الميت جائزة لانتفاء
التهمة في هذه الشهادة فيجوز عليه لا له اي للميت لما بينا من
تحقق التهمة باثباته لنفسه التصرف ولو كانت تلك الشهادة
بعد العزل من الوصاية وان لم يخاصم اي وان لم يكن الوصي خصما
في هذه الصورة بان عزله القاضي ونصب غيره خصما في هذه
الدعوى لاحتمال التهمة بان يكون جر لنفسه مغنما زمان
وصايته فشهد خوفا من زواله ولو شهد رجلان لاخرين بدين
الف يجوز ان يكون الالف مضافا اليه وان يكون بدلا من
دين اذا قرئ منكرا وعلى وجه الاضافة مبنيا بنيح

على ميت وشهد الآخران اي الشاهدين الاولين بمثله اي بمثل
ذلك الدين وهو الف صحتا اي الشهادتان من الطرفين عندهما
خلافا لابي يوسف فانها لا تصح شهادة واحد منهما للتهمة لكون
الشهادة من كل منهما مثبتة حق الشركة في ذلك المال الذي اثبتاه
على الميت ولهما ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق
شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما لا يشارك
الآخر وروى الحسن عن ابي حنيفة انهم اذا جاؤوا معا وشهدوا
فالشهادة باطلة واما اذا شهد اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما
ثم بعد ذلك ادعى ذلك الشاهدان دينا آخر على الميت فشهد لهما
الغريمان الاولان تقبل ووجه هذه الرواية انه اذا جاؤوا معا كان
شهادة كل فريق معاوضة للفريق الآخر فتحققت التهمة بخلاف
ما اذا كانت دعوى الفريق الآخر في وقت آخر فانه حيث ثبت
الحق للفريق الاول بلا تهمة والثاني لا يزاحمه فصار كالاول
في انتفاء التهمة ولو شهد كل فريق للآخر بوصية الف لا تصح
الشهادة من كل منهما لما بينا من التهمة في شهادة الالف الالف
الدين ولو شهد احد الفريقين للآخر بوصية جارية والآخر
له اي لذلك الفريق بوصية عبد صحت شهادة كل من الفريقين
بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة كذا قالوا لكن احتمال
المعاوضة في الشهادة باق كما في صورة الشهادة بالدين او الوصية
بالالف كما مر وان شهد الفريق للآخر اي للفريق الاول
بوصية ثلث لا تصح يعني اذا شهد الفريق الاول بوصية
عبد للفريق الآخر وشهد الفريق الآخر بوصية ثلث لا تصح
شهادة كل واحد من الفريقين لان الشهادة في هذه الصورة ايضا
تثبت المشاركة بين الفريقين بخلاف وصية العبد والجارية

باب الخنثى وهو على وزن فعلى بالضم

اورده

اورده عقيب الوصايا لان المسائل المتعلقة بالوصية من احوال من
هو ناقص القوة لاشرافه على الموت وهذه المسائل من احوال
من هو ناقص الخلقة هو اي الخنثى من الخنث بالفتح والسكون
وهو اللين والتكسر والفها للتانيث ولذا لا يلحقها التنوين
وكان القياس ان يوصف بالمؤنث ويؤنث الضمير الراجع كما
هو المذكور في كلام الفصحاء الا ان الفقهاء نظروا الى عدم
تحقق التانيث في ذاته فلم يلحقوا علامة التانيث في وصفه
وتذكيره تغليبا للذكورة وفي القهستاني وانما لم يؤنث لانه
غير معلوم عندنا فذكر نظرا الى الاصل كالجزء والشكل من له
ذكر وفرج اي ما له آلة الرجال وآلة النساء ويلحق به من عري
عن الآلتين جميعا وفي القهستاني خلافه لانه قال وفيما ذكره
اشعار بان من لم يكن له شيء منهما وخرج بوله من سرته ليس
بخنثى ولذا قال الامام ابو يوسف انا لا ادري اسمه وقال
محمد انه في حكم الانثى فان بال من احدهما اعتبر به اي ان بال
من ذكره فذكر وان بال من فرجه فانثى لان النبي عليه السلام
سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول ولان البول من اي
عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح
والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما اي من الذكر والفرج
اعتبر الاسبق لانه يدل بسبقه من وجه على انه المقصود الاصلي
وان استويا في الخروج فهو مشكل اي غير محكوم عليه بكونه
ذكرا او انثى عند الامام وقالا لا علم لي به وهذا من جملة
ما توقف فيه من كمال ورعه ولا اعتبار بالكثرة اي كثرة البول
في كونه ذكرا او انثى عنده خلافا لهما فانهما قالا ينسب الى
اكثرهما لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا
ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وبه

قالت الائمة الثلاثة وله ان كثرة الخروج لا تدل على القوة لانه قد
يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر فاذا بلغ الخنثى بالسن
فان ظهرت بعض علامات الرجال من نبات لحية او قدرة على الجماع
او احتلام كالرجل او كان له ثدي مستو فرجل اي فحكمه حكم الرجال
فان ظهرت بعض علامات النساء من حيض وحبل وانكسار ثدي
ونزول لبن فيه وتمكين من الوطي فامرأة اي فحكمه حكم النساء
وان لم تظهر شي من علامات الذكورة ولا من علامات الانوثة
او تعارضت هذه العلامات مثل ما اذا حاض وخرجت له لحية
او بال ويبول فمشكل اي فهو خنثى مشكل لعدم المرجح وعن
الحسن يعد اضلاعه فان اضلاع الرجل تزيد على اضلاع المرأة
بواحد قال محمد الاشكال قبل البلوغ فاذا بلغ فلا اشكال
وفي المبسوط اذا بلغ صاحب الآلتين لابد ان يزول الاشكال
لانه اذا جامع بذكره او نبت له لحية او احتلم كاحتلام الرجال
فهو رجل وان نبت له ثدي كثدي المرأة او رأى حيضا او جومع
كما يجامع او ظهر به حبل ونزل في ثديه لبن فهي امرأة كما
مر في الكتاب واذا ثبت الاشكال اخذ فيه اي في الخنثى المشكل
بالاحوط فيصلي بقناع لاحتمال كونه امرأة حتى لو صلى بغير
قناع يستحب ان يعيدها اذا كان حرا وكذلك يستحب ان يجلس
في صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو
جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر
على النساء واجب ما امكن ويقف بين صفي الرجال والنساء
فيتقدم على النساء لاحتمال كونه رجلا فلو وقف في صفهم اي في
صف الرجال فصلاته تامة لكن يعيد صلاته من لاصقه
من جانبيه ومن بحذائه من خلفه لاحتمال انه امرأة فيفسد
صلاته وهذا اذا نوى الامام امامة النساء فان لم ينو الامامة

فلا حاجة

فلا حاجة الى ان يعيد هو لا صلاته بل يعيد هو احتياطا وان وقف
في صف النساء اي صف النساء اعاد صلاته هو اي الخنثى فقط لاحتمال
انه رجل فيجب الاعادة احتياطا ولا يلبس الخنثى حريرا ولا حليا
لاحتمال كونه ذكرا والترجيح للحظر فيما تردد بينه وبين الاباحة
ويلبس المخيط في احرامه ولا يكشف نفسه عند رجل لانه لو
كان رجلا مراهقا ينظر الى ما سوى الوجه والكف منه ولو كان
مراهقا ينظر الى ما تحت سرته الى ما بين ركبتيه ولا عند
امرأة لانها لا تنظر الى ما تحت السرة الى الركبة مراهقا كان
او من فوقه كما في القهستاني ولا يخلو به اي البالغ وما في حكمه
غير محرم من رجل او امرأة تحرزا عن احتمال الحرام ولا يسافر
بلا محرم من الرجال ولا مع امرأة من محارمه لاحتمال انه امرأة
فيكون سفر امرأة بلا محرم وهو غير جائز ولا يختنه رجل ولا امرأة
تحرزا عن النظر الى الفرج لاحتمال انه رجل او امرأة ولكن قد تقدم
انه يجوز للطبيب النظر الى موضع المرض للضرورة والظاهر ان
النظر الى موضع الختان من هذا القبيل كما في البرجندي لكن
النظر ليس بمحله لان الختان عندنا سنة تدبر وهذا اذا كان
مراهقا والا فلا حاجة الى ان يختن بل يبتاع له امة عالمة بالختن
تختنه من ماله ان كان له اي للخنثى مال لانه يجوز لمملوكته
النظر اليه رجلا او امرأة في حال اخذه والا اي وان لم يكن له
مال فمن بيت المال يقرض ثمنها ويشترى لها لانه اعد لنوائب المسلمين
وهذا اذا كان ابوه معسرا والا فمن مال ابيه ثم اي بعد الختن
تباع الامة وجوبا ويرد ثمنها الى بيت المال لوقوع الاستغناء عنها
وفيه اشعار بانه لا يزوج عالمة تختنه على ما قال شيخ الاسلام
وذهب الحلواني الى انه يزوجها لانه ان كان امرأة ينظر
الجنس والنكاح لغو والا فينظر المنكوحة الى الناكح

فان مات قبل ظهور حاله من الذكورة والانوثة لا يغسل لاحتمال
بل ييمم لانه لا يمس شيا منه الا الوجه واليد بخلاف الغسل
وفيه اشعار بان لا نشتري لا يحل الغسل امة لانها اجنبية
بعد الموت ولا حاجة الى خرقة على اليد عند التيمم لكن في
القهستاني هذا اذا كان الميمم محرما والا فقد ييمم بالخرقة
ويكفن في خمسة اثواب كما يكفن المراة فهو واجب لاحتمال انه
انثى ولا يحضر بعد ما راهق غسل رجل ولا امراة لاحتمال الحالين
وندب تسجية قبره اي ستره بثوب عند الدفن لاحتمال انه
انثى وستر قبرها واجب ويوضع الرجل اي جنازته لانه ذكر
بيقين مما يلي الامام ثم هو اي الخنثى بقرب الرجل مما يلي
القبلة ثم توضع المراة بقرب الخنثى ليبعد عن النظر ان
صلي عليهم جملة رعاية لحق الترتيب وفيه اشعار بان الافضل
عند اجتماع الجنائز ان يصلي على كل منفرد الا انه ابعد عن الخلاف
وله اي للخنثى المشكل اخس النصيبين من الميراث عند الامام
واصحابه وعليه الفتوى كما في السراجية وفي الكفاية ان محمدا مع
الامام وفي النظم ان ابا يوسف معهما في ظاهر الاصول اي
الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر بنصيبه
على انه ذكر وعلى انه انثى فيعطى الاقل منهما وان كان محروما
على احد التقديرين فلا شيء له ثم فرعه وقال فلو مات ابوه
عنه اي الخنثى وعن ابن فللابن سهمان وله سهم عنده لانه
الاقل المتيقن وفيما زاد عليه شك والمال لا يجب بالشك ولو
تركه وبنتا فالمال بينهما نصفان فرضا وردا وفي القهستاني
ودل على صورتين الاولى ما يفرض فيه الخنثى انثى كما ذكره
المص والثانية ما يفرض فيه ذكرا وهذا مشتمل على صورتين
احدهما ما يكون فيه الخنثى محروما اذا تركت زوجا واختا

لاب

لاب وام وخنثى لاب فانه ان كان اختا فله سهم هو السدس تكملة
للثلثين ولكل من الزوج والاخت نصف فتعول المسئلة
بستة الى سبعة وان كان اخا فمحروم لانه عصبة لم يبق له شيء بعد
فرضهما وهو النصف ولا ريب انه اخس الحالين فيفرض كونه
ذكرا والثالثة ما يكون غير محروم كما اذا تركت زوجا واما
وخنثى لاب وام فانه ان كان الخنثى اختا لاب وام فله نصف
كالزوج وللام ثلث فتعول المسئلة من ستة الى ثمانية وان
كان اخا فله سهم وللزوج نصف وللام ثلث ولا يخفى انه اخس
الحالين لان السهم الواحد من ستة اقل من ثلاثة اسهم من
ثمانية فيفرض كونه ذكرا ايضا وفيما اذا تركت الخنثى اباه وابنا
وعند الشعبي له نصف النصيبين وهو ثلاثة من سبعة عند
ابي يوسف تخريجا او مذهبا وذلك ان للابن عند الانفراد كل
الميراث وللبنت نصفه فكان نصف الكل اثنين ونصف النصف
واحد والمجموع ثلاثة ارباع فان المخرج اربعة تعول الى سبعة
فيجعل للخنثى ثلاثة وللابن اربعة والمجموع يكون سبعة وخمسة
من اثني عشر عند محمد تخريجا وذلك ان كان ذكرا كان المال بينهما
نصفين ولو كان انثى كان المال بينهما اثلاثا فيكون له
نصف النصف اي الربع ونصف الثلث اي السدس والباقي
للابن فيحتاج الى عدد له ربع وسدس واقل ذلك اثنى عشر وربعه
ثلاثة وسدسه اثنان والمجموع خمسة فهي للخنثى والباقي
اي سبعة للابن والتفاضل بين التفسيرين في هذه الصورة
انما هو بثلث ربع السبع كما لا يخفى على الحاسب ولو قال سيده
كل عبد لي حر او كل امة لي حرة لا يعتق ما لم يستبن لان الحنث
لا يثبت بالشك ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول
ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين

امر الختنى ولو قال بعد تقرير اشكا لما مما ذكر وانى لا يقبل
قوله على الصحيح لانه دعوى بخلاف مقتضى الدليل وقبله
اي قبل اشكاله يقبل لان الانسان امين في حقه بنفسه فيه
والقول قول الامين ما لم يعرف خلاف ما قال مسايل
شتى قد ذكرها قبل هذا ذكر مسايل شتى او مسايل منثورة
او مسايل متفرقة من دأب المصنفين ان يتداركوا ما لم يذكر
في ذكره في بابه خصوصا اذ انتهى الكتب كتابة الاخرس مبتدأ
خبره الاتي كالبيان وايماؤه بما يعرف متعلق بقوله وايماوه
به اقراره بنحو تزوج متعلق بالكتابة والايما وكذا ما عطف
عليه بقوله وطلاق وبيع وشرا ووصية وقود وجب عليه
او له كالبيان اذا كان ايما الاخرس وكتابته كالبيان وهو
النطق باللسان يلزمه الاحكام المذكورة بالاشارة تكون
بيانا من القادر فما ظنك من العاجز وفي الهداية واذا قري
على الاخرس كتاب وصية فقيل له انشهد عليك بما في هذا
الكتاب فاومى براسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف
انه اقرار لان ما يجي من الاخرس ومعتقل اللسان على
نوعين احدهما ما يكون ذلك عنده دلالة الانكار ومثل ان يحرك
راسه عرضا والثاني ما يكون ذلك عنده دلالة الاقرار بان
يحرك راسه طولا اذا كان معهودا منه فهو نعم انتهى وفيه كلام
لانه لما فسر الايما براسه في تقرير المسيلة بقوله نعم تعين ان
وضعها فيما هو عنده دلالة الاقرار فلم يبق حاجة في تقريرها
جوابها اي قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار بل كان يكفي
قوله فهو جايز كما قال بعض الفضلا لكن لا يخفى ان هذا
الكلام لا ورود له لان شان الشارح رحمه الله ان يعتني بحل
كلام المصنفين على وجه الايضاح فان من لم يتفطن
قال

قال ما قال ولا يحد الاخرس لقذف ولا لغيره كالزنا وشرب
الخمر كالبيان حتى يحد لان الحدود تندري بالشبهات وفي
كتابته وايمايه شبهة وكذا لا يحد له اذا كان مقذوفا لبقا
احتمال كونه مصدقا للقاذف كما في الحدود ومعتقل
اللسان اي الذي احتبس لسانه بحيث لا يقدر على النطق
ان امتد به ذلك الاعتقال الى سنة في رواية وقيل قدر
الامتداد الى اوان الموت اذ روي عن الامام انه قال اذا
ادامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة
والاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله
قالوا وعليه الفتوى ذكره الامام المحبوبي وعلمت اشارته
اي المعتقل فهو كالاخرس والا اي وان لم يمتد او لم يعلم
اشارته فلا يكون كالاخرس حكما هذا عندنا لان الاشارة
انما تعتبر اذا صارت معهودة وذلك في الاخرس دون المعتقل
ولان الضرورة في الاصلي لازمة وفي العارض على شرف
الزوال الا اذا عهدت الاشارة بالامتداد فحينئذ يكون
بمنزلة الاخرس وعند الشافعي حكم المعتقل كحكم الاخرس
في الامتداد وعدمه لان المجوز هو العجز ولا فرق بين
الاصلي والعارض ولا بين القديم والحادث والكتابة من
الغايب ليست بحجة لانه قادر على الحضور فلا يكون في
كونها حجة ضرورة بخلاف الاخرس لكن قالوا الكتابة
على ثلاثة اوجه اما مستبين مرسوم اي معنون مصدر
مثل ان يكتب في اوله من فلان الى فلان ويكتب الى فلان
وفي اخره من فلان على ما جرت به العادة وهو اي هذا المذكور
من الكتابة كالنطق في الغايب والحاضر على ما قالوا اقيل ثم
حجة وفي زماننا الختم شرط لكونه معتادا وكذا الكتب على

على ما عند حيث يشترط بتحلي الحرف المعروف حتى لو كتب على الغير
يكون غير مرسوم فلهذا قال واما مستبين غير مرسوم
كالكتابة على الجدار واوراق الشجر وينوي فيه فليس بحجة
الا بالنية والبيان لانه بمنزلة الكناية من الصريح فلا
يصلح حجة واما غير مستبين كالكتابة على الهواء والماء
وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا عبرة به فلا يثبت به الحكم
وان نوى واما الاشارة فهو حجة من الاخرس في حق هذه
الاحكام للضرورة لانها من حقوق العباد ولا تختص هذه
التصرفات بلفظ خاص بل تثبت بالفاظ كثيرة وتثبت بفعل
تدل على القول فكذا يجب ان تثبت باشارته لحاجته الى ذلك
والغالب في القصاص حق العبد والحدود حق الله تعالى وهي
تسقط بالشبهات واذا اختلطت الزكية بميتة اقلها اي من
الزكية تحرى واكل في حالة الاختيار والا اي وان لم تكن
الميتة اقلها بل مساوية او اكثر فلا تؤكل حالة الاختيار
ولكن يتحرى في اكلها عند الاضطرار وفي الهداية فان كانت
المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانتا نصفين
لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار واما في حالة
الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة
تحل في حالة الضرورة فالذي يحتمل ان يكون ذكية اولى
غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا
يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة
الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري ضروري فلا
يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحال حالة الاختيار
قلنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة
الا يرى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق
والمغصوب

والمغصوب ومع ذلك يحل التناول اعتمادا على الغالب وهذا
لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع فسقط
اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف
ما اذا كانتا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة واذا
احرق راس الشاة المتلطخ بدم وزال دمه فاتخذ منه مرقة
جاز استعمالها والحرق كالغسل لان النار تاكل ما فيه من
النجاسة حتى لا يبقى فيه شيء او يحيله فيصير الدم رمادا
فيطهر بالاستحالة قالوا اذا تنجس التنور يطهر بالنار
حتى لا يتنجس الخبز ولو جعل السلطان الخراج لرب الارض جاز
بخلاف العشر هذا عند ابي يوسف وعند الطرفين لا يجوز
فيهما لانهما في جماعة المسلمين ولان صاحب الخراج له حق
في الخراج فيصح تركه عليه وهو صلة من الامام والعشر
حق الفقراء على الخصوص كالزكاة ولا يجوز تركه عليه وعلى
قول ابي يوسف الفتوى كما في التبيين وغيره واذا ترك
الامام خراج الارض لاجل اكرامه او سيادته ولم يكن اهلا
لصرف الخراج اليه عند ابي يوسف يحل له وهو الفتوى وعند
محمد لا يحل له وعليه ان يرده الى بيت المال وان من هو
اهل له ذلك وان لم يفعل اثم ولو ترك العشر لا يجوز بالاجماع
ولو دفع الامام الاراضي المملوكة الى قوم اي عجز اصحاب
الخراج عن زراعة الارض واداء الخراج ودفع الامام
الاراضي الى غير اصحابها بالاجرة اي يواجرها من القادرين
على الزراعة وياخذ الخراج من اجرتها ليعطوا الخراج
لمستحقه جاز ذلك من الامام لما فيه من المصلحة فان فضل
شيء من اجرتها يدفعه الى اصحابها وهم الملاك لانه لا وجه الى
ازالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة ولا وجه الى التعطيل

حق المقاتلة في الخراج اصلا ولو باع يفوت حق المالك في العين
والفوات الي خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين
وليس له ان يملكها عنهم بغير عوض ثم اذا باعها ياخذ الخراج
الماضي من الثمن اذا كان عليهم خراج ويرد الفضل الي اصحابها
قيل هذا قولهما لان عندهما القاضي يملك بيع مال المديون
بالدين والنفقة واما عند الامام فلا يملك ذلك فلا يبيعها
لكن يامر ملاكها ببيعها وقيل هذا قول الكل والفرق للامام
بين هذا وبين غيره من الديون ان في هذا الالزام ضرر خاص
لنفع عام ولازالة الضرر عن العام وذلك جائز عنده ولان
الخراج حق متعلق برقبة الارض فصار كدين العبد المأذون
له ودين الميت في التركة فان القاضي يملك البيع فيهما لتعلق
الحق بالرقبة كما في التبيين ولو نوى قضا رمضان ولم يعين
عن اي يوم صح اي لو كان عليه قضا صوم يومين او اكثر من رمضان
واحد فقضاه ناويا عن قضا رمضان ولم يعين انه عن يوم
كذا جاز وكذا الصيام ونوى عن يومين جاز عن يوم واحد
ولو عن رمضانين فلا يصح في الاصح ما لم يعين انه صائم
عن رمضان سنة كذا كما في التبيين وكذا لا يصح في قضاء
الصلاة لو نوى ظهرا عليه مثلا ولم ينو اول ظهر او اخر ظهر
او ظهر يوم كذا ولو نوى اول ظهر عليه او اخر ظهر عليه جاز
لان الصلاة تعينت بتعيينه وكذا الوقت يتعين بكونه اولا
واخرا فاذا نوى اول صلاة عليه وصلى ما يليه يصير اولا
ايضا فيدخل في نية اول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الي ما
يتناهي وكذا الاخر وهذا مخلص من لم يعرف الاوقات التي فاتته
او اشتبهت عليه او اراد التسهيل علي نفسه وقيل يصح نية عن
رمضانين ونية ظهرا عليه مثلا فيهما اي في قضا الصوم
وقضا

وقضا الصلاة ايضا اي لو نوى قضا رمضان ولم يعين اي يوم
وهذا قول بعض المشايخ لكن الاول اصح ولو ابتلع الصائم
بزاق غيره فان كان حبيبه لزمه الكفارة والا اي وان لم يكن
حبيبه فلا يلزمه الكفارة ويجب القضا كما مر بيانه في موضعه
وقتل بعض الحاج عذر في ترك الحج لان امن الطريق شرط
الوجوب او شرط الادا علي ما بين في موضعه ولا يحصل
ذلك مع قتل البعض في طريق الحج فكان معذورا في ترك الحج فلا
يأثم بتركه ومن قال لامراة عند شاهدين تو زن من شدي
يعني انت هل صرت زوجة لي فقالت المراة شدم اي صرت
لا ينعقد النكاح بينهما ما لم يقل قبول كردم لان قولها شدم
ايجاب فما لم يوجد القبول لا ينعقد وقوله ابتدا تو زن من شدي
وارد فيه علي سبيل الاستفهام والمشاورة ولو قال لها اي لامراة
عند شاهدين خويشتن را زن من كردانيدي معناه هل
جعلت نفسك لي زوجة فقالت المراة كردانيدم اي جعلت
فقال الرجل پذيرفتم يعني قبلت ينعقد النكاح بينهما لان
قولها كردانيدم ايجاب وقوله پذيرفتم قبول ولو قال الرجل
دختر خويشتن را پسر من را ارزاني داشتي معناه هل جعلت
بنتك لايقة لابني فقال داشتم يعني جعلت لا ينعقد ما لم يقل
قبول كردم لان هذا اللفظ لا ينبئ عن التمليك ولو منعت المراة
زوجها من الدخول عليها اي المراة وهو اي والحال ان الزوج
يسكن معها في بيتها اي في بيت المراة كانت المراة ناشزة لانها
حبست نفسها في منزلها وعن هذا اذا منعته ومرادها السكنى
في منزلها ولو سكن في بيت الغصب فامتنعت منه فلا تكون
ناشزة لانها محقة اذ السكنى فيه حرام وكذا لا تكون ناشزة
لو كان المنع لينقلها الي منزل الزوج وكذا اذا كانت ساكنة

معه في منزله ولم يمكنه من الوطء لانه يمكن الوطء كرها غالبا فلا
يعد منعا ولو قالت لا اسكن مع امتك واريد ان تسكنني منفردة
بيتا على حدة فليس لها ذلك لانه لا بد له ممن يخدمه فلا يمكن
منعه من ذلك ولو قالت المراة مرا طلاق ده فقال الزوج داده
گير او كرده گير او داده باد او كرده باد معناه اعطني طلاقا
فقال الزوج ارضى وقدر انه قد اعطي او انه قد فعل او انه كان
اعطي او انه كان قد فعل لان قوله گير معناه الاصلي امسك
لكن معناه هنا ارضى وقدر ان نوى الطلاق يقع والا
اي وان لم ينو فلا يقع لاحتمال الوعد والايقاع فيحتاج الى
نية الايقاع ولو قال الزوج داده است في جواب قولها مرا
طلاق ده او كرده است يقع الطلاق وان وصلية لم ينو لانه
لا يحتمل غير الايقاع فلا يحتاج الى النية ولو قال داده انگار
وكرده انگار لا يقع الطلاق وان وصلية نوى الوقوع
والفرق بينهما ان في الاول اخبارا عن الوقوع مطلقا وفي
الثاني ليس باخبار لان معنى قوله داده انگار افرض انه
وقع او احسب فلا يقع به شيء ولو قال وي مرا نشايد تا قيامت
يعني هي لا يليق الي الى يوم القيامة او همه عمر اي هي لا
يليق عمري او عدة عمري لا يقع الطلاق الا بالنية من الكنايا
ولو قال لها حيله زنان كن فهو اقرار بالطلاق الثلاث
لان معنى كلامه افعل حيلة النساء ومقصودهم بهذا احفظ
عدتك او عدي ايام عدتك فان هذا عندهم كناية عن
وقوع الطلاق لان المراة لا تشتغل بامور العدة الا بعد وقوع
الثلاث ولو قال حيله خويشتن كن فلا يكون اقرارا بالطلاق
الثلاث لان هذا ليس بكناية عن الطلاق عندهم وفي التنوير وان
ان كان استعمله المشركين فعلم انه طلاق قالوا لا تطلق امراته لان
عن

592

من المشركين من لا يعذب وتمامه في شرحه فليطالع ولو قالت امراة
له اي للزوج كابين ترا بخشيدم معناه وهبت لك المهر مرا چنگ
باز دار معناه خلصني من نزاعك فان طلقها اي الزوج المراة
سقط المهر والا اي وان لم يطلقها فلا يسقط المهر للتعليق
ولو قال لعبده يا مالكي او لامته انا عبدك لا يعتق اي لا يقع العتق
في العبد ولا في الامة لانه ليس بصريح العتق ولا كناية له فلا
يكون فيه شيء مما يقتضي العتق بخلاف قوله لعبده يا مولاي
لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء وذلك بالعتق فيقع ولو
دعي الى فعل فقال المدعو برمن سوگند است يعني على اليمين
كه اين كار نكنم اي لا افعل فهو اقرار باليمين
بالله لا باليمين بغيره تعالى كالطلاق ونحوه حملا على المشروع
وهو اليمين بالله تعالى وان قال برمن سوگند است بطلاق
معناه علي اليمين بالطلاق فاقرار بالحلف بالطلاق لتصريحه به
حتى اذا فعله تطلق امراته وان قال قلت ذلك كذبا لا يصدق
احتياطا في باب اليمين وكذا يكون اقرارا بالحلف بالطلاق
وقال زن مرا سوگند خانه است كه اين كار نكنم معناه انا حالف
بيمين البيت ان لا افعل هذا الفعل فهو اقرار بالطلاق اعتبارا
بالعرف ولو قال المشتري للبائع بعد البيع بها باز ده معناه رد
الثمن فقال البائع بدهم اي ارد يكون فسخا للبيع لان قول
المشتري بها باز ده يتضمن قوله فسخت البيع وقول البائع
بدهم يتضمن قوله قبلت الفسخ فكان فسخا من الجانبين
العقار المتنازع فيه لا يخرج من يد ذي اليد ما لم يبرهن
المدعي على انه في يده اي اذا ادعى عقارا لا يكتفى بذكر المدعي
انه في يد المدعى عليه وبتصديق المدعى عليه في ذلك بل لا بد
من اقامة البينة انه في يد المدعى عليه حتى تصح دعواه اعلم

او علم القاضي في الصحيح كما مر في الدعوى لان يد المدعى عليه لا بد
منه لتصح الدعوى عليه اذ هو شرط فيه ويحتمل ان يكون في يد
غيره فبا قامة البينة تنتفي تهمة المواضعة فامكن القضا عليه
باخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة
فلا يحتاج الى اثباتها بالبينة كما في التبيين وفي البزازية هذا
اذا ادعاه ملكا مطلقا اما اذا ادعى الشرا من ذي اليد واقراره
بانه في يده فانكر الشرا واقر بكونه في يده لا يحتاج الى اقامة
البينة على كونه في يده ولا يصح قضا القاضي في عقار ليس في
ولايته ذكر في التنوير عقار لا في ولاية القاضي يصح قضاؤه صح
فيه وقال في شرحه وانما عدلنا عن ما عبره لما في البزازية والخلا
من ان الصحيح ان قضا القاضي في المحدود يصح وان لم يكن المحدود
في ولايته انتهى وفي تبيين الكنز علل عدم صحة القضا بقوله
لانه لا ولاية له في ذلك المكان قال وقد اختلف المشايخ فيه هل
يعتبر المكان او الاهل فقيل يعتبر المكان وقيل يعتبر الاهل
حتى لا ينفذ قضاؤه وفي غير ذلك المكان على قول من يعتبر
المكان ولا في غير ذلك الاهل على قول من يعتبر الاهل وان خرج القاضي
مع الخليفة من المصر فقضى جاز وان خرج وحده لم يجز قضاؤه
فهذا ينبغي ان يكون على قول من اعتبر المكان لان القضا من
اعلام الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين وعن
ابي يوسف ان المصر ليس بشرط فيه واليه اشار محمد ايضا انتهى
وفي البزازية ان ما اشار اليه محمد هو رواية النوادر وبه يفتى
واذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي
او بدا لي او ظهر لي غير ذلك القضا او وقعت في تلبيس الشهود
او ابطلت حكمي ونحو ذلك لا يعتبر قوله والقضا ماض ان كان بعد
دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة لان راية الاول قد ترجح

بالقضا

بالقضا فلا ينقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا ابطاله
لانه تعلق به حق الغير وهو المدعي الا ترى ان الشاهد لما اتصل
بشهادته القضا لا تصح رجوعه ولا يملك ابطالها الامام في موضعه
فكذا القاضي وقال الشعبي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقضي بالقضا ثم ينزل القران بعد الذي قضى بخلافه فلا يرد قضا و
فيستانف وفي المحيط وهذا يدل على ان القاضي اذا قضى بالاجتهاد
في حادثة لا نص فيها ثم تحول عن رايه فانه يقضي في المستقبل بما
هو اصح عنده ولا ينقض ما مضى من قضايه لان صدور الاجتهاد
والراي دون نزول القران والنبي عليه السلام لم ينقض القضا
الذي قضى بالراي بالقران الذي نزل بعده فهذا اولى بخلاف
اذا قضى باجتهاده في حادثة ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض ذلك
القضا ورسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باجتهاده ونزل
القران بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاءه الاول والفرق ان
القاضي حال ما قضى باجتهاده فالنص الذي هو بخلاف اجتهاده كان
موجودا الا انه خفي عليه وكان الاجتهاد في محل النص فلا
يصح والنبي عليه السلام حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محل
لا نص فيه فصح وذلك شريعة له صار فاذا نزل القران بخلافه صار
ناسخا لذلك الشريعة كما في التبيين وظاهره ان وقوع القضا صحة
بالبينة لابد منه في عدم صحة رجوع القاضي عنه وقيده في الخلا
صة بذلك وقال ابن وهبان ويفهم من التقييد انه كان اذا قضى بعلم
يجوز له الرجوع وفي التنوير اذا قال الشهود قضيت فانكر
القاضي بان قال لم اقض فالقول للقاضي على القول المفتى به ما لم
ينفذه قاض اخر اما اذا نفذه قاض اخر لا يكون القول قوله
لانه لم يقض لوجود قضا الثاني به ومن له على اخر حق فجحده
صاحب الحق فقوما ثم ساله اي سال اخر عنه اي عن الحق الذي عليه

فاقر به اي بذلك الحق وهم اي القوم يرونه اي المقر ويسمعونه اي
يسمعون اقراره وهو اي المقر لا يراهم صحت شهادتهم عليه بذلك
الاقرار لان الاقرار موجب بنفسه وقد علموه والعلم هو الركن
في اطلاق اداء الشهادة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم
يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع
وان سمعوا كلامه ولكن لم يروه اي المقر فلا تصح شهادتهم عليه
بذلك الاقرار لان النغمة تشبه النغمة فيحتمل ان يكون المقر
غيره الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا انه ليس فيه احد سواه
ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا
اقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حاصل لهم في هذه
الصورة فجاز لهم ان يشهدوا عليه كما في موضعه ولو باع
عقارا وبعض اقارب البائع حاضر يعلم البيع وسكت لا تسمع دعواه
بعده بخلاف الاجنبي والجار الا اذا تصرف فيه المشتري زرعا
وبناء حيث تسقط دعواه على ما عليه الفتوى قطعا للاطماع
الفاسدة بخلاف ما اذا باع الفضولي ملك رجل والمالك ساكت
حيث لا يكون رضى عندنا خلافا لابن ابي ليلى وفي التبيين
لم يقيد بالقريب هنا وفي الفتاوى لابي الليث ذكر انه لو باع
عقارا وابنه وامرأته حاضر يعلم به وتصرف المشتري فيه زمانا ثم
ادعى الابن انه ملكه ولم يكن ملك ابيه وقت البيع اتفق مشايخنا
على انه لا يسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره عند
البيع وتركه فيما يصنع اقرار منه بانه ملك البائع وان لا حق له في
المبيع وجعل سكوته في هذه الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاطماع
الفاسدة لاهل العصر في الاضرار بالناس وتقييده بالقريب ينفي
جوازه عنده مع الغريب انتهى لكن لم يقيده المص بقوله ان يتصرف
المشتري فيه زمانا لان التقييد به يوجب التسوية بين
القريب

القريب والجار ومع الجار يخالفه قال الظهير المرغيناني فتوى ائمة بخارى على
سكوته لا يكون تسليما وله المطالبة والدعوى اذا كان الحاضر
الساكت غير الولد والزوجة والقريب لان سكوت الناطق لا يجعل
اقرارا وائمة خوارزم على ان ائمة سمرقند حيث لا تسمع دعواه
دفعا للاضرار القاضي في فتاواه يسمع في الزوجة لا في غيرها وفي تلخيص
بتفصيل للمفتي في ذلك ان راى المدعي الساكت الحاضر ذا حيلة افتى بعدم
السماع وان راى خلافه افتى بالسماع لكن الغالب على اهل الزمان
الفساد فلا يفتى الا بما اختاره اهل خوارزم ثم ولو وهبت امرأة مهرها
من زوجها اي زوج المرأة ثم ماتت المرأة فطلبت اقاربها المهر منه
وقالوا اي الورثة كانت الهبة في مرض موتها اي المرأة وقال الزوج
لا بل وهبته في صحتها فالقول له اي للزوج وفي التبيين والقياس
ان يكون القول للورثة لان الهبة حادث فتضاف
الى اقرب الاوقات ووجه الاستحسان انهم اتفقوا في سقوط المهر عن
الزوج لان الهبة في مرض الموت تفيد الملك وان كان للوارث الا ترى
ان المريض اذا وهب عبدا لوارثه فاعتقه الوارث او باعه نفذ تصرفه
ولكن يجب عليه الضمان ان مات المورث في ذلك المرض ورد الوصية
للوارث بعد الامكان فاذا سقط عنه المهر بالاتفاق فالوارث
يدعي العود عليه بعد سقوطه والزوج ينكر فالقول قول المنكر انتهى وقال
صاحب المنح فالقول للورثة هنا هو المعتمد كما في الخانية ونص كلامه
رجل مات وترك مالا فادعى بعض الورثة عينا من اعيان التركة
ان المورث وهبها له في صحته وقبضه ونفته الورثة قالوا ان كان
ذلك في المرض فالقول يكون قول من يدعي الهبة في المرض وان اقاموا
البينة فالبينة بينة من يدعي الهبة في الصحة كذا ذكره في الجامع
الصغير انتهى ولو اقر بحق ثم قال كنت كاذبا فيما اقررت حلف المقر له
ان المقر لم يكن كاذبا فيما اقر ولست بمبطل فيما تدعي عليه عند ابي يوسف

بلغ

وهو استحسان وعندهما يؤمر بتسليم الثمن الى المقر له وهو القياس
لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين كالبينة
بل اولى لان احتمال الكذب فيه ابعد لتضرره بذلك وجه الاستحسان
ان العادة جرت بين الناس انهم يكتبون صك الاقرار ثم ياخذون
المال فلا يكون الاقرار حجة على اعتبار وهذه الحالة متجلية وبه
اي بقوله ابي يوسف يفتي لتغير احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات
وهو يتضرر بذلك والمدعي لا يضره اليمين ان كان صادقا فيصار
اليه كما في التبيين وفي جميع الفتاوى وكذا لو اقر البايع بقبض الثمن
ثم قال لم اقبضه يحلف وكذا لو اقر بقبض الدين ثم قال كذبت
وكذا لو اقر المشتري بقبض المبيع ثم قال لم اقبضه فله ذلك استحسانا
عنده لا عند الطرفين وروي ان محمدا لما قلد القضاء رجع الى قول
ابي يوسف والاقرار ليس سببا للملك لانه ليس بناقل للملك الى
المقر له لان الاقرار اخبار يحتمل الصدق فيجوز تخلف مدلوله الوضعي
عنه بخلاف الانشاء كالبيع والهبة ونحوهما لانه ايجاد معنى بلفظ يقارنه
في الوجود فيمتنع فيه التخلف ولو قال لاخر وكلتك ببيع هذا الشيء
فسكت المخاطب صار وكيلا لان سكوته وعدم رده من ساعته
لا قبل بطل وبقي الدين عليه كما له ومن وكل امراته بطلاق نفسها لا يملك
الزوج الموكل عزلها لانه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين وهو
تعليق تطليقها فلا يصح الرجوع عن اليمين وهو تمليك من جهتها
لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها فلا تكون
وكيلة بخلاف الاجنبي كما في التبيين ولو قال لاخر وكلتك بكذا
على اني متى عزلتك فانت وكيلي فطريق عزله ان يقول عزلتك
ثم عزلتك لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها
بالعزل عن الوكالة فاذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة فتنجزت
المعلقة فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثاني انعزل عن

دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين واذا سكت صحت الهبة وسقط الدين لما بيناه وان قال من ساعته صح

الوكالة

الوكالة الثاني كما في التبيين ولو قال لاخر وكلتك بكذا على اني كلما
عزلتك فانت وكيلي لا يكون معزولا بالعزل لان له كان وكيلا لان
كلما تفيد عموم الافعال فاذا اراد ان يعزله فطريقه ان يقول
رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن المنجزة فانه اذا رجع
عنها لا يبقى لها اثر فاذا قال بعدها وعزلتك عن الوكالة المنجزة
الحاصلة من لفظ كلما فحينئذ ينعزل ويقبض بدل الصلح قبل
التفرق شرط ان كان الصلح دينا بدين بان وقع الصلح على دراهم
عن الدنانير او على شيء اخر في الذمة لانه صرف او بيع وفيه لا يجوز
الافتراق عن الدين بالدين والا اي وان لم يكن دينا بدين لا
يشترط قبضه لان الصلح اذا وقع على عين معين لا يبقى دينا في
الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربا كما اذا وقع الصلح
على شعير بعينه عن حنطة في الذمة وقد مر في موضعه ومن ادعى
على صبي دارا فصالحه ابوه على مال الصبي فان كان له اي للمدعي
بينة جاز الصلح ان كان بمثل القيمة او اكثر مما يتغابن فيه بين
الناس لانه للصبي فيه منفعة وهي سلامة الصبي لانه لو لم
يصالح يستحقه المدعي بالبينة فياخذه فيكون هذا الصلح من الاب
بمنزلة الشراء من المدعي وان لم يكن له اي للمدعي بينة او كانت البينة
غير عادلة لا يجوز الصلح لان الاب يصير متبرعا بمال الصبي بالصلح
لا مشتريا لانه لم يستحق المدعي شيئا من ماله لولا الصلح ومن قال
لا بينة لي على دعوى هذا الحق ثم برهن اي اقام بينة صح برهانه لانه
يمكن ان تكون له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك وعن الامام انها
لا تقبل لظهور التناقض والاصح القبول بخلاف ما اذا قال ليس
لي حق عليه ثم ادعى عليه حقا حيث لا تسمع دعواه للتناقض
وكذا لو قال لا شهادة لي في هذه القضية ثم شهد بها مر وعن الامام
انها لا تقبل ايضا وقيل تقبل وفاقا ان وفق وفي التنوير كلا

تركت دعواي على فلان وفوضت امري الى الاخرة لا تسمع دعواه
بعده وفي التبيين لو قال لي عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد
فانه تقبل شهادته او قال لا حجة لي على فلان ثم اتى بالحجة فانها
تقبل ولو قال لا اعلم لي حقا على فلان ثم اقام البينة ان له عليه
حقا تقبل ولو قال هذه الدار ليست لي او ذلك العبد ثم اقام بينة
ان الدار او العبد له تقبل بينته لانه لم يثبت باقراره حقا لاحد
وكل اقرار لم يثبت به لغيره حق كان لغوا ولهذا تصح دعوى الملاعن
نسب ولد نفى بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم يثبت فيه حقا
وللامام الذي ولاه الخليفة ان يقطع من الاقطاع ان يعطي انسانا
حصة من طريق الجادة انسانا من طريق الجادة وهي الشارع الاعظم
اذا لم يضر ذلك بالمارة لعموم ولايته في حق الكافة فيما فيه نظر لهم
وكان له ذلك من غير ان يلحق ضررا باحد الا ترى انه اذا رأى ان
يدخل بعض الطريق في المسجد او بالعكس وكان في ذلك مصلحة
للمسلمين كان له ان يفعل ذلك والامام الذي ولاه الخليفة بمنزلة
الخليفة لانه نائبه فيملك ما يملكه ومن صادره السلطان بان
اراد ان ياخذ منه مالا ولم يعين السلطان بيع ماله بل طلب
منه جملة من المال فباع ماله نفذ بيعه لانه غير مكره به وانما
باختياره غاية الامر انه احتاج الى بيعه لايفاء ما طلب منه
وذلك لا يوجب الكره كالمديون اذا حبس بالدين فباع ماله بالقضاء
الدين عليه فانه يكون لانه باعه باختياره وانما وقع الكره في
الايفاء لا في البيع كما في التبيين ولو خوف امراته بالضرب حتى
وهبت مهرها منه لا تصح الهبة ان قدر على الضرب لانها مكرهة
عليه اذ الاكراه على المال يثبت بمثله وان اكرهها اي المراة على
الخلع فتفعله يقع الطلاق لان الطلاق للمكره واقع ولا يجب المال
اذ الرضى شرط فيه وقد انعدم على ما بيناه في الاكراه ولو

احالة

احالت اي المراة انسانا بالمهر على الزوج ليأخذه منه عوض دينه
مثلا ثم وهبته من الزوج لا تصح الهبة لانه تعلق بحق المحتال
على مثال الرهن فصار كما لو باع المرهون او وهب ومن اتخذ
بيرا او اتخذ بالوعة في داره فنز منها اي من البير او من البالوعة
حائط جاره وطلب الجار تحويله اي تحويل ذلك الى موضع اخر لا يجبر
عليه اي على التحويل لانه تصرف في خالص ملكه وان سقط الحائط
منه اي من ذلك اي من سبب النز لا يضمنه اي لا يضمن صاحب البير
لان هذا تسبيب فلا يجب الضمان الا بالتعدي ومن عمر دار زوجته
بماله اي بمال الزوج باذنها اي باذن الزوجة فالعمارة تكون لها
اي للزوجة لان الملك لها وقد صح امرها بذلك والنفقة التي صرفها
الزوج على العمارة دين له اي للزوج عليها اي على الزوجة لانه
غير متطوع فيرجع عليها لصحة الامر فصار كالمامور بقضاء الدين
وان عمرها اي الدار لها اي للزوجة بلا اذنها اي الزوجة فالعمارة
لها اي للزوجة وهو اي الزوج في العمارة متطوع في الانفاق
فلا يكون له الرجوع عليها به وان عمر لنفسه بلا اذنها اي الزوجة
فالعمارة له اي للزوج لان الآلة التي بنى بها ملكه فلا يخرج عن
ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا للعرصة
وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك
كما في التبيين لكن بقي صورة وهي ان يعمر لنفسه باذنها ففي
الزاهدي ينبغي ان تكون العمارة في هذه الصورة له والعرصة
لها ولا يؤمر بالتفريغ اذا طلبته متى ومن اخذ غريما له فنزعه
انسان من يده فلا ضمان على النازع اذا هرب الغريم لان النزع
سبب وقد دخل بينه وبين ضياعه فعل فاعل مختار فلا
يضاف اليه التلف كما اذا حل قيد العبد فابق او كما اذا دل السارق
على مال غيره فان الدال لا يجب عليه الضمان لان التلف حصل

بفعل السرقة لا بالدلالة ولكن امسكها ربها من عدو حتى قتله
العدو فات الممسك لا يجب عليه الضمان فكذا هنا ومن كان في
يده مال انسان فقال له السلطان ادفعه اي هذا المال الي والا
قطعت يدك او امرت بك خمسين سوطا لا يضمن الدافع لو دفع
المال الى السلطان لانه مكره عليه فكان الضمان على المكره
او على الآخذ ايهما شاء المالك ان كان الآخذ مختارا والا فعلى المكره
كما في التبيين لكن ان المكره والآخذ هو السلطان فقط بشهادة
قوله اي فلا معنى لقوله او على الآخذ تدبر ولو وضع في الصحراء
منجلا ليصيد به اي بالمنجل حمار وحش وسمى عليه عند الوضع
فجاء في الغد فلو وجد الحمار مجروحا ميتا لا يحل اكله لان الشرائط
جرحه انسان او يذبحه ولم يوجد وتقييده باليوم الثاني وقع
اتفاقا حتى لو وجد ميتا من ساعته لا يحل لعدم شرطه ويكره
من الشاة الحيا مقصورا وهو الفرج والخصية والمثانة والذكر
والغدة والمرارة والدم المسفوح لما روى الاوزاعي عن واصل بن
جميلة عن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة
الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم قال
الامام الدم حرام واكره الستة وذلك لقوله تعالى حرمت عليكم
الميتة والدم فلما تناوله النص قطع بتحريمه وكره ما سواه لانه
مما تستخبثه الانفس وتكرهها وهذا المعنى سبب الكراهة لقوله
تعالى ويحرم عليهم الخبائث كما في التبيين لكن ان هذه الاشياء
ان كانت من الخبائث ينبغي القول بتحريمها لان قوله تعالى ويحرم
عليهم الخبائث يتناولها فكيف يجعل مكروهة وان لم يكن كذلك
فلا بد من الدليل على الكراهة تبصر اخر وفي شرح الوهبانية
تفصيل وحاصله ان الامام اطلق اسم الحرام على الدم المسفوح
وسمى ما سواه مكروها لانه ثبت حرمته بدليل مقطوع به

وهو

وهو النص المعتبر وهو قوله تعالى الا ان يكون ميتة او دما مسفوحا
وبقية الستة لم تثبت بعبارة لاجتهاد ونظائرها الكتاب المحتمل
للتاويل والحديث ولقاضي ان يقرض مال الغائب والطفل واللقطة
لقدرته على الاستخلاص فلا يفوت الحفظ به بخلاف الاب
والوصي والملتقط لعجزهم فيكون تضييعا الا ان الملتقط اذا
اشتد اللقطة ومضى مدة النشد انه ينبغي ان يجوز له الاقراض من
فقير لانه لو تصدق به عليه في هذه الحالة جاز فالقرض اولى كما في
التبيين وفي الاقضية يملك القاضي الاقراض اذا لم يجد غلة لليتيم
اما اذا وجد فلا يملكه هكذا روي عن محمد وينبغي ان يشترط لجواز
اقراض القاضي عدم وصي اليتيم ولو كان منصوب القاضي فانه لم يجز
عند وجود الوصي وهو الصحيح كما في الفصولين ولو كانت حشفة
الصبي ظاهرة بحيث من رآه ظنه مختونا والحال انه لا يقطع جلدة ذكره
الا بمشقة جاز ترك ختانه على حاله لان قطع جلدة ذكره لتنكشف
الحشفة فاذا كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى القطع وان كان يوارى
الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم يقطع الجلد كله فان قطع اكثر
من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف
فما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما ولذا جاز ترك
ختان شيخ اسلم وقال اهل البصيرة لا يطيق الختان للعذر الظاهر
والختان سنة وهو من شعائر الاسلام وخصائصه فلو اجتمع اهل
بلدة على تركه حاربهم الامام ووقت الختان غير معلوم عند الامام
فانه قال لا علم لي بوقته ولم يرو عنهما فيه شيء وقيل سبع سنين
وقيل لا يختن حتى يبلغ وقيل اقصاه اثنتا عشرة سنة وقيل تسع
سنين وقيل وقته عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة اذا بلغ عشرا
اعتيادا وتخلقا فيحتاج الى الختان لانه شرع للطهارة وقيل ان
كان قويا يطيق الم الختان ختن والا فلا وهو اشبه بالفقه

ومقنعات المرأة لبيس بسنة ولا يجوز ان يصلي على غير الانبياء والملائكة
الا بطريق التبع كما يقال اللهم صل على محمد وآله وصحبه ونحو ذلك
وذلك لان في الصلاة من التعظيم ما ليس في غيرها من الدعوات وهي
لزيادة الرحمة والقرب من الله تعالى ولا يليق ذلك لمن يتصور منه
الخطايا والذنوب وانما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز ويستحب
الترضي للتابعين ومن بعدهم من العلماء والعباد ولا يجوز الاعطا
باسم النيروز والمهرجان اي الهدايا باسم هذين اليومين حرام
بل كفر ان قصد تعظيم المذكور من النيروز والمهرجان كالابتداء
في موضع مضمون لا باس بلبس القلانس لما روي ان النبي عليه السلام
كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك وللشاب العالم ان يتقدم على
الشيخ الجاهل لما روي انه افضل منه قال الله تعالى هل يستوي الذين
يعلمون والذين لا يعلمون ولهذا يقدم في الصلاة وهي احدى
اركان الاسلام وقال الله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول
واولي الامر منكم والمراد باولي الامر العلماء في اصح الاقوال والمطاع
شرعا يقدم وكيف العلماء ورثة الانبياء عليهم السلام على ما جاء
يستحب للحافظ القرآن ان يختم في اربعين يوما لان المقصود
من قراءة القرآن فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد التلاوة وذلك
يحصل بالتأني لا بالتوالي في القراءة فقدروا الختم اقله باربعين
يوما لحيث في كل يوم حزبا ونصف حزب او اقل وبه [illegible]
نختم كتابه في بيان قراءة القرآن وكيفية الختم والله تعالى اعلم

كتاب الفرايض

وجه التسمية بين فلا يحتاج الى البيان وهي جمع فريضة وهو
التقدير يقال فرض القاضي النفقة اي قدرها وسمي هذا العلم
العلم فرايض لان الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره
الى ملك مقرب ولا نبي مرسل وبين نصيب كل واحد من النصف
والربع

والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس بخلاف سائر الاحكام
كالصلاة والزكاة والحج وغيرها فان النصوص فيها مجملة وانما
السنة بينتها وهذا العلم من اشرف العلوم قال عليه السلام العلم
ثلاثة وما سوى ذلك فضل آية محكمة او سنة قائمة او فريضة عادلة
وقد حث عليه السلام على تعليمه وتعلمه بقوله تعلموا الفرائض
وعلموها فانها نصف العلم وهو ينسى وهو اول شيء ينزع من امتي
يبدأ من تركة الميت الخالية عن تعلق حق الغير بعينها كالرهن
والعبد الجاني والمشترى قبل القبض فان صاحبه يقدم على
التجهيز كما في حال حياته وان لم يكن يبدأ بتجهيزه ودفنه اعتبارا
بحالة الحياة فان المرأ يقدم نفسه في حياته فيما يحتاج اليه
من النفقة والكسوة والسكنى على اصحاب الديون ما لم يتعلق
حق الغير بعين ماله فكذا بعد وفاته فانه يقدم تجهيزه ودفنه
بلا اسراف ولا تقتير وهو كفن الكفاية او كفن السنة او قدر ما يلبسه
في حياته من اوسط ثيابه او من الذي كان يتزين به في الاعياد
والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه وقال ابو يوسف كفن
المرأة على زوجها مطلقا خلافا لمحمد فان الزوجية قد انقطعت
بالموت قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى على قول ابي يوسف
وان لم يكن له من يجب عليه نفقته او كان فقيرا فكفنه على بيت
المال ثم تقضى ديونه من جميع ماله الباقي بعد التجهيز والدفن
اي ثم يبدأ بوفاء دينه الذي له مطالب من جهة العباد لا دين
الزكاة والكفارات ونحوها لان هذه الديون تسقط بالموت
فلا يلزم الورثة اداؤها الا اذا اوصى بها او تبرعوا بها من عندهم
ثم تنفذ وصاياه من ثلث ما بقي بعد الدين اي ثم يبدأ بوصيته
اي بتنفيذها من ثلث ما بقي بعد التجهيز والديون وفي اكثر
من الثلث لا يجوز الا باجازة الورثة على ما مر ثم هذا ليس

بتقديم على الورثة في المعنى بل شيء يكن لهم حتى اذا سلم له شيء سلم للورثة
ضعفنا او اكثر ثم يقسم الباقي بين ورثته اي الذين ثبتت ارثهم
بالكتاب والسنة واجماع الامة ويستحق الارث بنسب ونكاح
وولا كما سيأتي مفصلا ويبدأ باصحاب الفروض اي كل صاحب
سهم مقدر في الكتاب او السنة او الاجماع كما ذكر السرخسي وتقدم
على العصبة لقوله عليه السلام الحقوا الفرائض باهلها فما ابقته
الفرائض فلاولى رجل ذكر ثم يبدأ بالعصبات النسبية فان
العصوبة النسبية اقوى من السببية يرشدك الى ذلك ان اصحاب
الفروض النسبية يرد عليهم دون اصحاب الفروض السببية اعني
الزوجين ثم يبدأ بالمعتق بكسر التاء مذكرا كان او مؤنثا فان من
اعتق عبدا او امة كان له الولاء ويرثه ويسمى ذلك ولاء العتاقة
والنعمة ثم عصبته اي يبدأ عند عدم مولى العتاقة بعصبته
من الذكور وهذا قيد لا بد منه لقوله عليه السلام ليس
للنساء من الولاء الا ما اعتقن الحديث ثم الرد اي يبدأ بعد
العصبات السببية بالرد على ذوي الفروض النسبية بقدر
قرابتهم بعد اخذ فرائضهم دون ذوي الفروض السببية ثم
ذوي الارحام اي يبدأ عند عدم الرد لانتفاء ذوي الفروض
النسبية بذوي الارحام وهم الذين لهم قرابة وليسوا بعصبة
ولا ذوي سهم ثم مولى الموالاة اي عند عدم هؤلاء المذكورين
يبدأ في جميع الميراث بمولى الموالاة ان لم يوجد احد الزوجين
وان وجد يبدأ به ايضا لكن في الباقي من فرضه وتفصيل مولى
الموالاة قد مر في موضعه ثم المقر له بنسب على الغير لم يثبت
نسبه باقراره حتى ذلك الغير اذا مات المقر على اقراره يعني
ان هذا المقر له مؤخر في الارث عن مولى الموالاة ومقدم
على الموصى له بجميع المال وفصله السيد في شرح الفرائض

فليطالع

فليطالع ثم الموصى له باكثر من الثلث اذا عدم من تقدم ذكره يبدأ
بمن اوصى له بجميع المال فيكمل له وصيته لان منعه عن ما
زاد على الثلث كان لاجل الورثة فاذا لم يوجد منهم احد فله
عندنا ما عين له كملا وانما اخر ذلك عن المقر له بناء على ان له
نوع قرابة بخلاف الموصى له ثم بيت المال اذا لم يوجد احد من
المذكورين يوضع التركة في بيت المال على انها مال ضائع
فصارت لجميع المسلمين فيوضع هناك وليس ذلك بطريق
الارث وعند الشافعية ان بيت المال اذا كان منتظما يقدم
على ذوي الارحام والرد ولا ميراث عندهم اصلا لمولى الموالاة
ولا للمقر له بالنسب على الغير ولا للموصى له بجميع المال ويمنع
الارث الرق وافرا كان او ناقصا لان جميع ما في يده من المال
فهو لمولاه فلو ورثناه عن اقربائه لوقع الملك لسيده فيكون
توريثا لاجنبي بلا سبب وانه باطل اجماعا والقتل كما مر تفصيله
في الجنايات واختلاف الملتين فلا يرث الكافر من المسلم
اجماعا ولا المسلم من الكافر على قول علي رضي الله عنه وزيد
وزيد وعامة الصحابة واليه ذهب علماؤنا والشافعي كما مر
تفصيله واختلاف الدارين حقيقة كالحربي والذمي او حكما
كالمستامن والذمي والحربيين من دارين مختلفتين كما مر
ذكره والمجمع على توريثهم من الرجال عشرة الاب وابوه اي
اب الاب وان علا والابن وابنه والاخ وابنه والعم وابنه والزوج
ومولى النعمة اي مولى العتاقة ومن النساء سبع الام والجدة
اي ام الام والبنت وبنت الابن والاخت والزوجة ومولاة
النعمة اي مولاة العتاقة وهؤلاء الوارثون المجمع على توريثهم
قسمان ذو فرض وعصبة اي الوارث فذو الفرض من له سهم
مقدر والسهام المقدرة في كتاب الله تعالى ستة النصف

وقد ذكر في كتاب الله تعالى في ثلاثة مواضع فقال وان كانت واحدة
اي البنت فلها النصف وقال ولكم نصف ما ترك ازواجكم
وقال تعالى وله اخت فلها نصف ما ترك والربع وقد ذكر في
موضعين حيث قال تعالى ولكم الربع مما تركن وقال
تعالى ولهن الربع مما تركتم والثمن وقد ذكر في موضع حيث
قال ولهن الثمن مما تركتم والثلثان وقد ذكر في موضعين
حيث قال تعالى في حق البنات فان كن نساء فوق اثنتين
فلهن ثلثا ما ترك وفي حق الاخوات فان كانتا اثنتين
فلهما الثلثان والثلث وقد ذكر في موضعين حيث قال
فلامه الثلث وقال تعالى فان كانوا اولاد الام اكثر من
ذلك فهم شركاء في الثلث والسدس وقد ذكر في ثلاثة
مواضع حيث قال ولابويه لكل واحد منهما السدس وقال
تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس وقال تعالى في
حق ولد الام وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس ثم
شرع في التفصيل فقال النصف للبنت وبنت الابن عند
عدمها اي عدم البنت لان بنت الابن قامت مقامها اذا
عدمت البنت والنصف للاخت لابوين وللاخت للاب
عند عدمها اي عدم الاخت لابوين اذا انفردن عن اخوتهن
واما اذا اختلطن بهم فيصير عصبات بهم ويكون للذكر مثل
حظ الانثيين كما سياتي والنصف للزوج عند عدم الولد
وولد الابن ليخرج ولد البنت فان الحكم لا يكون كذلك بل
يكون لها معه الربع والربع له اي للزوج عند وجود
احدهما وان سفل لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم
ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن
فيستحق كل زوج اما النصف واما الربع مما تركته امراته
وللزوجة

وللزوجة الربع وان وصلية تعددت عند عدمهما اي الولد
او ولد الابن لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم
ولد والثمن لها اي للزوجة كذلك عند وجود احدهما اي
الولد وولد الابن وان سفل لقوله تعالى فان كان لكم ولد
فلهن الثمن مما تركتم وان كن اكثر من واحدة اشتركن
فيه لوجهين احدهما ان يلزم الاجحاف ببقية الورثة
لانه لو اعطي كل واحدة منهن ربعا يافتقد الكل اذا ترك اربع
زوجات بلا ولد والنصف مع الولد والثاني ان مقابلة
الجمع بالجمع يقتضي مقابلة الفرد بالفرد كقولهم ركب القوم
دوابهم ولبسوا ثيابهم فيكون لواحدة الربع او الثمن عند
انفرادها بالنص واذا كثرت وقعت المزاحمة بينهن فيصرف
اليهن جميعا على السوية لعدم الاولوية ولفظ الولد
يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنص او بالاجماع فيصير
له حالتان والثلثان لكل اثنتين فصاعدا ممن فرضهن
النصف وهي البنات والاخوات لقوله تعالى فان كن نساء
فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك والثلث للام عند عدم
الولد وولد الابن وعدم الاثنين من الاخوة والاخوات
ولها مع هؤلاء السدس ولفظ الجمع في الاخوة في قوله تعالى
فان كان له اخوة يطلق على الاثنين فيحجب الام لها من
الثلث الى السدس من اي جهة كانا او من جهتين لان
لفظ الاخوة يطلق على الكل وهذا قول جمهور الصحابة
رضي الله عنهم وعن ابن عباس رضي الله عنه انه لم يحجب الام
من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم عملا بظاهر الاية
ولها اي للام ثلث ما يبقى بعد فرض احد الزوجين في
زوج وابوين او زوجة وابوين فيكون لها السدس

مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هو الثلث
الباقي بعد فرض احد الزوجين فصار للام ثلاثة احوال
ثلث الكل وثلث ما يبقى بعد فرض احد الزوجين والسدس
وابن عباس رضي الله عنه لا يرى ثلث الباقي بل يورثها
ثلث الكل والباقي للاب وخالفه فيه جمهور الصحابة رضي
الله عنهم ولو كان مكان الاب فيهما جد فلها اي للام ثلث
الجميع عند الطرفين فلا يبالي بتعصيبها عليه لكونها
اقرب منه خلافا لابي يوسف فان لها مع الجد ايضا ثلث
الباقي عنده كما في الاب ففي هذه الرواية جعل الجد
كالاب فتعصب الام كما يعصبها الاب الثلث وللاثنين
فصاعدا من ولد الام يقسم الثلث لذكورهم واناثهم
بالسوية بينهم الانثى منهم تاخذ مثل ما ياخذ الذكر منهم
بلا تفضيل الذكر منهم على الانثى لقوله تعالى وان كانوا
اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث والشركة تقتضي
المساواة والسدس للواحد منهم اي من اولاد الام ذكرا
او انثى لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امراة وله
اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس والمراد به اولاد الام
ولهذا قرا بعضهم وله اخ او اخت لام والسدس للام عند
وجود الولد او ولد الابن او وجود الاثنين من الاخوة
والاخوات كما سبق والسدس للاب مع الولد وولد الابن
فان كان مع الاب ابن فله فرضه اعني السدس والباقي للابن
وان كان معه بنت فله السدس ايضا لان اسم الولد
يتناول الابن والبنت وللبنت النصف بالفرض وما بقي
للاب ايضا لانه اولى رجل ذكر من العصبات عند عدم
الابن وولد الابن وقد ثبت شرعا بالاجماع قال الله تعالى يا بني

آدم

آدم وليس دخول الابن وولد الابن قد ثبت شرعا بالاجماع في الولد
من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل هو من باب عموم المجاز وعرف
كون حكم ولد الابن كحكم الولد بدليل اخر وهو الاجماع وكذا السدس
للجد الصحيح عند عدمه اي عند عدم الاب لان الجد الصحيح
كالاب الا في اربع مسائل مشهورة ثم فسره فقال وهو اي
الجد الصحيح من لا يدخل في نسبته الى الميت ام كاب الاب فان
دخلت في نسبته الى الميت ام فجد فاسد فلا يرث الا على انه من
ذوي الارحام لان تخلل الام في النسبة يقطع النسبة اذ النسب
الى الاباء لان النسب للتعريف والشهرة وذكر بالمشهور وهو الذكور
دون الاناث والسدس للجدة الصحيحة وان وصلية تعددت
كام الام مع ام الاب فيشتركن في السدس اذا كن ثابتات متحاذيات
في الدرجة لقوله عليه السلام اطعموا الجدات السدس وابو بكر
رضي الله عنه اشرك بين الجدتين في السدس وكان ذلك بمحضر من
الصحابة ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا ثم عرفها فقال وهي اي الجدة
الصحيحة من لا يدخل في نسبتها الى الميت جد فاسد من يتخلل
في نسبته الى الميت ذكر بين انثيين والسدس لبنت الابن وان
وصلية تعددت مع الواحدة من بنات الصلب تكملة للثلثين
لان حق البنات الثلثان وقد اخذت الواحدة النصف لقوة
القرابة فبقي السدس من حق البنات فياخذ بنات الابن واحدة
او متعددة وما بقي من التركة فلاولى عصبة فبنات الابن من
ذوات الفروض مع الواحدة من الصلبيات هذا اذا لم يكن في درجتهن
ابن ابن واما اذا كان معهن ابن ابن تكون عصبة معه ولا يرثن
السدس كما سياتي وللاخت للاب كذلك اي لها السدس وان
تعددت مع الاخت الواحدة للابوين لان حق الاخوات الثلثان
وقد اخذت الاخت الواحدة للابوين النصف فبقي منه سدس

فيعطي للاخوات لاب تكملة للثلثين ولا يرثن مع الاختين
لاب وام الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن كما سيأتي فصل
في العصبات العصبة النسبية ثلاثة عصبة بنفسه وعصبة
بغيره وعصبة مع غيره والعصبة بنفسه كل ذكر فان الانثى لا تكون
عصبة بنفسها بل بغيرها او مع غيرها ليس في نسبته الى الميت
انثى فان قلت الاخ لاب وام عصبة بنفسه مع ان الام داخلة
في نسبته الى الميت قلت قرابة الاب اصل في استحقاق العصوبة
فانها اذا انفردت كفت في اثبات العصوبة بخلاف قرابة الام
فانها لا تصلح بانفرادها علة لاثباتها فهي ملغاة في استحقاق
العصوبة لكنا جعلناها بمنزلة وصف زائد فرجحنا بها الاخ
لاب وام على الاخ لاب وهو ياخذ ما ابقته الفرائض وعند
الانفراد اي انفراده عن غيره في الوراثة يحوز جميع المال بجهة
واحدة وفي التبيين هذا رسم وليس بحد لانه لا يفيد الاعلام
تقديرا ان يعرف الورثة كلهم ولكن لا يعرف من هو العصبة
منهم فيكون تعريفا بالحكم والمقصود معرفة العصبة حتى يعطى
ما ذكر ولا يتصور ذلك الا بعد معرفته واقربهم اي اقرب العصبات
جزء الميت وهو الابن وابنه وان وصلية سفل لدخولهم في
اسم الولد وعن محجوبين بهم لقوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم
للذكر مثل حظ الانثيين الى ان قال تعالى ولابويه لكل واحد منهما
السدس مما ترك ان كان له ولد فجعل الاب صاحب فرض مع
الولد ولم يجعل للولد الذكر سهما مقدرا فتعين الباقي له
فدل ان الولد الذكر يقدم عليه في العصوبة وابن الابن ايضا
لانه يقوم مقامه فيقدم عليه ايضا ومن حيث المعقول ان
الانسان يؤثر ولده وولد ولده على والده ولهذا يصرف ماله
ولاجله يدخر ماله عادة على ما قال عليه السلام الولد

اي المزدوج

مبخلة

مبخلة مجبنة وقضية ذلك ان لا يجاوز بكسبه محل اختياره الا انا
صرفنا مقدار الفرض الى اصحاب الفروض بالنص فبقي الباقي على
قضية الدليل وكان ينبغي ان يقدم البنت ايضا عليه وعلى كل
عصبة الا ان الشارع ابطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل
الباقي لاولى رجل ثم اصله وهو الاب والجد الصحيح اي اب الاب
وان وصلية علا واولهم به الاب لان الله تعالى شرط لارث
الاخوة الكلالة وهو الذي لا ولد له ولا والد على ما بيناه ثم
بعد ذلك انهم لا يرثون مع الاب ضرورة وعليه اجماع الامة فاذا
كان ذلك مع الاخوة وهم اقرب الناس اليه بعد فروعه واصوله
فما ظنك مع من هو ابعد منهم كالاعمام وغيرهم والجد يقوم مقامه في
الولاية عند عدم الاب ويقدم على الاخوة منه فكذا في الميراث وهو
قول ابي بكر الصديق رضي الله عنه وبه اخذ الامام ثم جزء ابيه وهم
الاخوة لابوين او الاخوة لاب ثم بنوهم وان وصلية سفلوا وانما
قدموا على الاعمام لان الله تعالى جعل الارث في الكلالة للاخوة
عند عدم الولد والوالد فعلم بذلك انهم يقدمون على الاعمام وانما
قدم الاخ لاب وام لانه اقوى لاتصاله من الجانبين ثم جزء جده
وهم الاعمام لابوين او لاب ثم بنوهم وان وصلية سفلوا ثم
جزء جد ابيه كذلك اي اولادهم بالميراث بعد الاخوة اعمام الميت
لانهم جزء الجد فكانوا اقرب ثم اعمام الاب لكونهم اقرب بعد ذلك
لانهم جزء الجد ثم اعمام الجد لانهم اقرب بعدهم ويقدم العم لاب
وام على العم لاب ثم العم لاب على ولد العم لاب وام والعصبة بغيره
من فرضه النصف والثلثان وهن اربعة من النساء يصرن عصبة
باخوتهن ويقسم للذكر مثل حظ الانثيين فالبنات بالابن وبنات
الابن بابن الابن لقوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ
الانثيين والاخوات لاب وام باخيهن والاخوات لاب باخيهن لقو

تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونسا فللذكر مثل حظ الانثيين ومن
لا فرض لها من الاناث واخوها عصبة لا تصير عصبة به اي باخيها
كالعمة لا تصير بالعم الذي هو اخوها فالمال كله للعم دون العمة
وبنت العم لا تصير عصبة بابن العم فالمال كله لابن العم دون بنت
العم وبنت الاخ لا تصير عصبة باخيها فالمال كله لابن الاخ لان
النص الوارد في صيرورة الاناث بالذكور عصبة انما هو في موضعين
البنات بالبنين والاخوات بالاخوة والاناث في كل منهما ذوات فروض
فمن لا فرض له من الاناث لا يتناولها النص والعصبة مع غيره الاخوات
لابوين او لاب مع البنات وبنات الابن والاولى ان يقول او بنات
الابن لقوله عليه السلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة وانما
سمين عصبة مع غيره وبمع اخوتهن عصبة بغيره لان ذكر الغير وهو
البنات شرط لصيرورتهن عصبة ولم يجعلهن عصبة بهن لان نفسهن
ليست بعصبة فكيف يجعلن غيرهن عصبة لهن بخلاف ما اذا كن
عصبة باخوتهن لان الاخوة بنفسهم عصبة فيصرن بهن عصبة تبعا
وذو الابوين من العصبات مقدم على ذي الاب الواحد لان ذا
القرابتين من العصبات اولى من ذوي قرابة واحدة مع تساويهما
في الدرجة ذكرا كان ذو القرابتين او انثى لقوله عليه السلام
ان اعيان بني الام يتوارثون دون بني العلات فالمقصود من ذكر
الام هاهنا اظهار ما يرجح به بنوا الاعيان على بني العلات حتى ان
الاخت لابوين مع البنت سوا كانت صلبية او بنت ابن وسوا كانت
واحدة او اكثر تحجب الاخ لاب خلافا لابن عباس رضي الله عنه
فان الاخت لا تصير عصبة مع البنات عنده وعصبة ولد الزنا
وولد الملاعنة مولى امه لانه لا اب له والنبي عليه السلام الحق ولد
الملاعنة بامه فصار كشخص لا قرابة له من جهة الاب فترثه قرابة
امه ويرثهم فلو ترك اما وبنتا وابن الملاعن فللبنت النصف وللام

السدس

السدس والباقي يرد عليهما كانه لم يكن له اب وكذا لو كان معهما زوج
او زوجة اخذ فرضه والباقي بينهما فرضا وردا ولو ترك امه واخاه
لامه وابن الملاعن فلامه الثلث ولاخيه لامه السدس والباقي
رد عليهما ولا شي لابن الملاعن لانه لا اخ له من جهة الاب ولو مات
ولد ابن الملاعنة ورثه قوم ابيه وهم الاخوة ولا يرثون قوم جده
وهم الاعمام او اولادهم فبهذا تعرف بقية مسايلهم وهكذا ولد الزنا
الا انهما يفترقان في مسئلة واحدة وهو ان ولد الزنا يرث من توامه
ميراث اخ لام وولد الملاعنة يرث التوام ميراث اخ لاب وام كما في
الاختيار والاب مع البنت صاحب فرض وعصبة كما مر ذكره واخر
العصبات مولى العتاقة لقوله عليه السلام الولا لحمة كلحمة النسب
ولانه اصابه نعمة بالاعتاق فاشبه الولادة ثم عصبته اي عصبة مولى
الاعتاق على الترتيب المذكور بان يكون جز المولى اولى وان سفل ثم
اصوله ثم جز ابيه ثم جز جده يقدمون بقوة القرابة عند الاستوا
وبعلو الدرجة عند التفاوت فمن ترك اب الاولى بالالف لانه في
موضع النصب مولاه وابن مولاه فالكل لابن مولاه ثم ان الابن
وابن الابن وان سفل مقدم على الاب وهذا عند الطرفين وعند
ابي يوسف للاب السدس والباقي للابن وهو قول الاخر وهو احدى
الروايتين عن ابن مسعود وبه قال شريح والنخعي وقولهما وهو
الحق وسعيد بن المسيب ومذهب الشافعي القول الاول لابي يوسف
ولو كان مكان الاب جد فالكل للابن اتفاقا وذلك لان الاب في العصوبة
بحسب الظاهر لان اتصال كل منهما بالميت بلا واسطة وكون الابن
اقرب يحتاج الى تامل من ان زيادة قربه امر حكمي فوقع الخلاف هناك
بخلاف الجد فان اتصاله بواسطة الاب فيكون الاب اقرب من الجد
ويكون الابن اقرب منه بلا اشتباه فلا يزاحمه الجد في الولا امالو
الابن مع الجد فالانفراد يرث ابن الابن عند ابي يوسف ايضا لانه

اشبه بالابن من الجد بالاب كما في الفتاوى ولو ترك جدا واخا لاب وام
فالجد اولى ويكون المال كله للجد عند الامام لانه اقرب الى الميت في العصوبة
من الاخ على مذهبه وعندهما يستويان فيكون المال بينهما نصفين
والعصبة انما ياخذ ما فضل عن ذوي الفروض كما مر فلو تركت زوجا
واخوة لام واخوة لابوين فانما النصف للزوج والثلث للاخوة
لام والسدس للام ولا شيء لاخوة لابوين لان المسئلة من
ستة نصفه وهو الثلثة للزوج وثلثه وهو اثنان للاخوة لام وسدسه
وهو واحد للام وما فضل عن فرض ذوي الفروض حتى يعطى للاخوة
لابوين وهم عصبة وبه قال ابو بكر الصديق رضي الله عنه واصحابنا
وقال عثمان بن عفان رضي الله عنه تشترك الاولاد لاب وام مع
الاولاد لام وبه اخذ مالك والشافعي وكان عمر رضي الله عنه يقول اولا
مثل ما قال الصديق رضي الله عنه ثم رجع عنه الى قول عثمان رضي الله عنه
وسبب رجوعه انه سئل عن هذه المسئلة فاجاب كما هو مذهبه فقام
واحد من الاولاد لاب وام وقال يا امير المؤمنين هب ان ابانا كان
حمارا السنا من ام واحدة فاطرق راسه مليا وقال صدق لانهم بنو ام
واحدة فشركهم في الثلث فلهذا اسميت المسئلة حمارية ومشتركة ايضا
وعن هذا قال ويسمى المشتركة والحمارية فصل في الحجب وهو
في اللغة المنع وفي اصطلاح اهل هذا العلم منع شخص معين عن
ميراثه اما كله او بعضه ويسمى حجب النقصان لوجود شخص اخر
فشرع في تفصيل كل منهما فقال حجب الحرمان منتف في حق ستة
من الورثة الابن والبنت والاب والام والزوج والزوجة فان قلت
قد يحجب هذا الفريق بالقتل والردة والرقية فلا يصح ان حجب
الحرمان منتف في هذا الفريق قلت الكلام في الورثة وهم عند تلك
الموانع ليسوا بورثة ومن عداهم يحجب الابعد بالاقرب ويحجب ذو القرابة
الواحدة بذي القرابتين ومن يدلي بشخص لا يرث معه الا مع وجود

ذلك

ذلك الشخص كابن الابن مثلا فانه لا يرث مع الابن الا اولاد الام
حيث يدلون اي ينتسبون الى الميت بها اي بالام ولكن يرثون معها
اي مع الام قال الفاضل الشريف وتحقيق هذا ان الاصل ان الشخص المدلى
به ان استحق جميع التركة لم يرث المدلي مع وجوده سواء اتحدا في سبب
الارث كما في الاب والجد والابن وابنه او لم يتحدا كما في الاب والاخوة
والاخوات فان المدلى به لما احرز جميع المال لم يبق للمدلي شيء اصلا
وان لم يستحق المدلى به الجميع فان اتحدا في السبب كان الامر كذلك
كما في الام وام الام لان المدلى به لما اخذ نصيبه بذلك السبب
لم يبق للمدلي من النصيب الذي يستحق بذلك السبب شيء فليس له نصيب
اخر فصار محروما وان لم يتحدا في السبب كما في الام واولادها فان
المدلى به حينئذ ياخذ نصيبه المستند الى سببه والمدلي ياخذ نصيبا اخر
مستندا الى سبب اخر فلا حرمان فان قيل الام تستحق جميع
التركة اذا انفردت عن غيرها من اصحاب الفرائض والعصبات قلنا
ليس ذلك الاستحقاق من جهة واحدة فانها تستحق بعض التركة
بالفرض وبعضها بالرد والمراد استحقاق جميعها من جهة واحدة كما في
العصبة ويحجب الاخوة مطلقا حجب الحرمان بالابن وابنه وان
سفلوا وبالاب لانهم كلالة وتوريث الكلالة مشروط بعدم الولد
والوالد كما مر وبالجد عند الامام ويحجب اولاد العلات وهي الاخوة
والاخوات لاب بالاخ لابوين ايضا لان ميراث الاخوة والاخوات
لاب وام جار مجرى ميراث الاولاد الصلبية وان ميراث الاخوة والاخوات
لاب كميراث اولاد الابن ذكورهم واناثهم كذكورهم واناثهم فكما يحجب اولاد
الابن بالابن كذلك يحجب الاخوة والاخوات لاب بالاخ لاب وام
وعندهما لا يحجب الاخوة لابوين او لاب بالجد بل يقاسمونه وهو
اي الجد كاخ ان لم تنقصه المقاسمة عن الثلث عند عدم ذي
الفرض قال الفاضل الشريف ان الجد يشبه الاب في حجب اولاد

الام وفي انه اذا زوج الصغير او الصغيرة لم يكن لهما خيار اذا بلغا
وفي انه لا ولاية للاخ في النكاح مع قيام الجد في ظاهر الرواية كالاب
وفي انه لا يقتل الجد بولد الولد وفي ان حليلة كل واحد من الجانبين
تحرم على الاخر وفي عدم قبول الشهادة وفي صحة استيلاد الجد
مع عدم الاب وفي انه لا يجوز دفع الزكاة اليه وفي انه يتصرف
في المال والنفس كالاب ويشبه الاخ في انه اذا كان للصغير جد
وام كانت النفقة عليهما اثلاثا على اعتبار الميراث كما على الاخ
والام وفي انه لا يجبر من النفقة على الجد المعسر كالاخ وفي عدم
وجوب صدقة الفطر للصغير على الجد وفي ان الصغير لا يصير
مسلما باسلام الجد وفي انه اذا اقر بنافلة لا يثبت
النسب بمجرد اقراره وفي انه لا يجر ولا نافلته الى مواليه كما ذكر
كما في الاخ فلتعارض هذه الاحكام اختلف العلما من الصحابة
والتابعين وغيرهم رضي الله عنهم في مسئلة الجد مع الاخوة فجعله كالاب
في حجب الاخوة لام وكالاخ في قسمة الميراث فما دامت المقاسمة
خيرا له اعطيناه ثلث لانه مع الاولاد يرث السدس ومع الاخوة
يعطى ضعف ذلك وايضا اذا قسم المال بين الابوين فللام الثلث
وللاب الثلثان وهما في الدرجة الاولى ولما كان للجد والجدة في
الدرجة الثانية وكان للجدة السدس كان للجد ضعفه اعني الثلث
فاذا كان مع الجد اخ واحد اختيار المقاسمة نصف المال فهو خير له من الثلث
واذا كان معه اخوان فهما اي المقاسمة والثلث متساويان واذا كان
معه ثلاث اخوة فالثلث خير له لان نصيبه بالمقاسمة حينئذ ربع
هذه اذا لم يكن معه صاحب فرض وان لم تنقص المقاسمة عن السدس
عند وجوده اي وجود ذي الفرض يعني اذا كانت معه اخوات لاب
وام يجعل الجد كاخ ويكون المال بينه وبين الاخوات للذكر مثل
حظ الانثيين وكذا اذا كانت معه ثلاث اخوات وان كانت معه
اربع

اربع اخوات فللمقاسمة والثلث سوا لانه اذا جعل كاخ يكون كاختين
ويكون عدد الاخوات ستة ويكون الاثنان من الستة له والاثنا ن
ثلث الستة ويكون للمقاسمة والثلث مستويين وان كانت معه
خمس اخوات يكون الثلث خيرا له لانه ان جعل كاخ يكون بمنزلة
اختين فيكون عدد الاخوات سبعا فيكون حصته ناقصة عن
السدس فيكون الثلث خيرا له وما في احكام المقاسمة مذكور في الفرائض
وشروحها فليراجع والفتوى على قول الامام وهو سقوط الاخوة
والاخوات بالجد لكن المختار في زماننا ان يفتى بعد اخذ الجد
السدس بالمصالحة في الباقي بين الاخوة والاخوات وبينه فاذا استكمل
بنات الصلب الثلثين سقط بنات الابن لان ارثهن كانت تكملة
للثلثين وقد كمل بنتين فيسقطن اذ لا طريق لتوريثهن فرضا وتعصيبا
الا ان يكون بحذائهن او اسفل منهن ابن ابن فيعصب من بحذائه
ومن فوقه لكن من ليست بذات سهم فانه لا يعصب ذات السهم كالبنت
الصلبية مثلا وسقط من دونه واذا كان يعصب ابن الابن من بحذائه
ومن فوقه يكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين سوا كان اخاها
هن او لم يكن وهذا مذهب علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبه
اخذ عامة العلما وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال
يسقطن بنات الابن بنت الصلب وان كان معهن غلام ولا يعصبهن سمنه
وان كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام كان لبنات الا بن
اسوء الحالين من السدس والمقاسمة وايهما اقل اعطين ثم الاصل
في بنات الابن عند عدم بنات الصلب اقربهن الى الميت تنزل
منزلة البنت الصلبية والتي تليها في القرب منزلة بنات الابن
وهكذا وان سفلن مثاله لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن اسفل
من بعض وثلاث بنات ابن ابن اخر بعضهن اسفل من بعض فالعليا
من الفريق الاول لا يوازيها احد فيكون لها النصف والوسطى

من الفريق الاول توازيها العليا من الفريق الثاني فيكون لهما السدس
تكملة للثلثين ولا شيء للسفليات الا ان يكون مع واحدة منهن غلام
فيعصبها ومن بحذائها ومن فوقها ممن لم تكن صاحبة فرض حتى لو
كان الغلام مع السفلى من الفريق الاول عصبها وعصب الوسطى من
الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث فتسقط السفليات
ولو كان الغلام مع السفلى في الفريق الثاني وعصبها عصب الوسطى
منها والوسطى والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الاول
ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث عصب الجميع عند اصحاب
الفرائض واذا استكمل الاخوات لابوين الثلثين سقط الاخوات
لاب لان ارثهن كانت تكملة للثلثين وقد كمل الاختين فيسقطن
الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن كما في بنات الابن والجدات
كلهن يسقطن بالام سواء كانت ابويات او اميات والابويات خاصة
اي دون الاميات بالاب ايضا اي كما يسقطن بالام وهو قول
عثمان وعلي وزيد بن ثابت وعنهم ونقل عن عمر وابن مسعود وابي
موسى الاشعري رضي الله عنهم ان ام الاب ترث مع الاب واختاره
شريح والحسن وابن سيرين لان ارث الجدات ليس باعتبار الادلا
لان الادلاء بالانثى لا يوجب استحقاق شيء من فرضيتها بل استحقاقهن
الارث باسم الجدة ويتادى في هذه الاسم ام الام وام الاب وكان
الاولى لا يحجب الاولى لا يحجب الثانية ايضا وهو مردود ودليل مجرد الاسم
بدون القرابة لا يوجب الاستحقاق والقرابة لا تثبت بدون اعتبار
الادلاء فوجب الادلاء الا ترى ان الجدة الفاسدة لا ترث مع كونها
جدة لعدم الادلاء وكذا تسقط الابويات بالجد الا ام الاب واذ علت
كام ام الاب وهكذا فانها ترث مع الجد لانها ليست من قبله والجدة
القربى منهن اي من الجدات من اي جهة كانت اي سواء كانت من قبل
الام او من قبل الاب تحجب الجدة البعدى من اي جهة كانت
البعدى

556

الحجب

البعدى فيثبت الحجب ههنا في اقسام اربعة وهذا مذهب علمائنا
رحمهم الله واحدى الروايتين عن زيد بن ثابت وفي رواية اخرى
عنه ان القربى ان كانت من قبل الاب والبعدى من قبل الام فهما سواء
فيكون في حجب القربى في اقسام ثلاثة فقط من تلك الاربعة وقد
عمل بهذه الرواية مالك والشافعي في الاصح من قوليه ودليل الطرفين
بين في شروح الفرائض فليطالع ولو انه كانت القربى كام الاب
عند عدمه مع ام ام الام وكام الام عند عدمها مع ام ام الاب ومحجوبة
كام الاب معه اي مع وجود الاب فانها تحجب ام ام الام اعني ان تخلف
الميت الاب وام الاب وام ام الام فالمال كله للاب عندنا لان البعدى
محجوبة بالقربى والقربى محجوبة بالاب فاذا اجتمع جدتان احديهما ذات
قرابة واحدة كام ام الاب والجدة الاخرى ذات قرابتين كام اب الاب
وهي ايضا ام ام الام فثلث السدس لذات القرابة الواحدة وثلثاه
للاخرى اي التي ذات قرابتين عند محمد ويتنصف عند ابي يوسف
باعتبار الابدان فهو قول زفر وتوضيحها ان امراة زوجت ابن ابنها
بنت بنتها فولد بينهما ولد وهذه المراة جدة لهذا الولد الذي مات
من قبل ابيه لانها ام اب ابيه ومن قبل امه لانها ام ام امه فهي
جدة ذات قرابتين ثم نقول هناك امراة اخرى قد كانت تزوج
بنتها ابن المراة الاولى فولد من بنت الاخرى ابن ابن الاولى الذي
هو ابو الميت فهذه الاخرى ام ام اب الميت فهي ذات قرابة واحدة
وهاتان المراتان جدتان في مرتبة واحدة ودليل الطرفين بين في شروح
الفرائض والمحروم بالقتل ونحوه كالردة والكفر لا يحجب غيره اصلا
لا حجب حرمان ولا حجب نقصان وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم
والمحجوب يحجب بالحرمان يحجب غيره كما مر في الجدة كالاخوة والاخوات
يحجبهم الاب ويحجبون الام من الثلث الى السدس اما عند ابن مسعود
فلان المحروم عنده حاجب مع انه ليس بوارث اصلا فكذا المحجوب

بل هو اولى لانه اقرب وارث من وجه دون وجه واما عندنا فلان
المحروم انما جعلناه بمنزلة المعدوم لانه ليس باهل للميراث من كل وجه
بخلاف المحجوب فانه اهل له من وجه دون وجه اخر فيجعل كالميت
في حق استحقاق الارث حتى لا يرث شيا ويجعل حيا في حق الحجب فهو
وارث في حق محجوب به لولا حاجبه فيحجبه فصل في العول
وهو في اللغة يستعمل بمعنى الميل لقوله تعالى ذلك ادنى ان لا
تعولوا وبمعنى كثرة العيال وبمعنى الارتفاع ومن هذا المعنى الاخير
اخذ المعنى المصطلح عليه وهو ان يزاد على المخرج من اجزايه اذا ضاق
عن فرض وعن هذا قالوا اذا زادت سهام اصحاب الفريضة على الفريضة
فقد عالت الفريضة اعلم ان مجموع المخارج سبعة لكن في الحقيقة
تسعة لكل فرض من الفروض الستة حالة الانفراد وثلاثة لها حال
الاختلاط الا ان مخرج الثلث والثلثين واحد ومخرج السدس
واختلاط النصف ايضا واحد فسقط اثنان وبقي سبعة واربعة
منها مخارج لا تعول اصلا لان الفروض المتعلقة بهذه المخارج الاربعة
اما ان يبقى كلها او يبقى منه شي زايد عليها الاثنان والثلاثة
والاربعة والثمانية اما الاثنان فلان المخارج منه اما نصفان
كزوج واخت لابوين او لاب او نصف وما بقي كزوج واخت او بنت
وعصبة فلا يتصور في مسيلة قط اجتماع واما الثلاثة فلان المخارج
منها اما ثلث وثلثين كاختين لام واختين لابوين او لاب واما
ثلث وما بقي كام او اختين لام وعصبة واما ثلثان وما بقي كبنتين
او اختين وعصبة ولا يتصور في مسيلة قط اجتماع ثلثين وثلثين
او ثلث وثلث وثلثين واما الاربعة فلان المخارج منها اما ربع
ونصف وما بقي كزوج وبنت او زوجة واخت وعصبة او ربع
وما بقي كزوجة وعصبة او ربع وثلث ما بقي كزوجة وابوين ولا
يتصور في مسيلة قط اجتماع اربعين ونصف وثلثة منها تعول
الستة

الستة الى عشرة وترا اي من حيث الوتر واراد به السبعة والتسعة وشفعا
اي من حيث الشفع واراد به الثمانية والعشرة مثال عولها الى سبعة
زوج واختان لابوين او لاب او زوج وجد واخت لاب ومثال عولها
الى ثمانية زوج واخت من اب واختان من ام او زوج وثلاث اخوات
متفرقات او زوج وام واخت من اب او زوج واختان من ابوين
واخت من ام او زوج وام واختان من اب ومثال عولها الى تسعة
زوج وثلاث اخوات متفرقات وام او زوج واختان من اب واختان
من ام او زوج واختان من الابوين وام واخت من ام ومثال عولها
الى عشرة زوج واختان من اب واختان من ام وام والاثنا عشر تعول
الى سبعة عشر وترا لا شفعا واراد به ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة
عشر ومثال عولها الى ثلاثة عشر زوج وبنتان وام او زوجة واختان
لابوين واخت لام او زوج وبنتا ابن وام او جدة ومثال عولها الى خمسة
عشر زوج وبنتان وابوان او زوجة واختان لاب واختان لام ومثال
عولها الى سبعة عشر اربع اخوات لام وثماني اخوات لاب وجدتان وثلاث
زوجات والاربعة والعشرون تعول الى سبعة وعشرين عولا واحدا في المسيلة
المنبرية وعند ابن مسعود تعول الى احدى وثلاثين وهي امراة وبنتان
وابوان ووجه تسميتها بالمنبرية مذكور في شروح الفرايض والرد
ضد العول فبالعول ينتقص سهام ذوي الفروض ويزاد اصل المسيلة
وبالرد يزداد السهام وينتقص اصل المسيلة وذلك بان لا تستغرق
السهام الفريضة مع عدم المستحق من العصبة فيرد الباقي على ذوي
السهام الفرضية سوى الزوجين بقدر سهامهم وهو قول عامة الصحابة
رضي الله عنهم اي جمهورهم وبه اخذ اصحابنا وقال زيد بن ثابت
لا يرد الفاضل على ذوي الفروض بل هو لبيت المال وبه اخذ مالك
والشافعي وقال عثمان بن عفان رضي الله عنه يرد على الزوجين
ايضا وعن ابن عباس رضي الله عنه لا يرد على [illegible] والجد
ثلاثة الزوجين

فان كان من يرد عليه جنسا واحدا فالمسئلة من عدد روسهم كبنتين
واختين فانهما لما استويا في الاستحقاق صار كابنين او اخوين
فجعل المال بينهما نصفين واعطي لكل واحد منهما نصف التركة وكذا
الجدتان والمراد بالاختين ان يكونا من جنس واحد بان يكون كلاهما
لاب اولام اولابوين وان كانوا اي من يرد عليه جنسين او اكثر من ٣
جنسين فمن عدد سهامهم ان تجعل المسئلة من عدد سهامهم اي من مجموع
سهام هولا المجتمعين الماخوذ من مخرج المسئلة فمن اثنين اي تجعل
المسئلة من اثنين لو كان في المسئلة سدسان كجدة واخت لام
لان المسئلة حينئذ من ستة ولهما منها اثنان بالفريضة فاجعل الاثنين
اصل المسئلة واقسم التركة عليهما نصفين وتجعل من ثلاثة لو كان
فيها ثلث وسدس كولدي الام مع الام او اخوين لام وجدة او ام
واخ لام وتجعل من اربعة لو كان فيها سدس ونصف كبنت وبنت
ابن او اخت لابوين واخوات لاب او اخت لاب واخ لام او جدة مع
واحد ممن يستحق النصف من الاناث وتجعل من خمسة لو كان فيها ثلث
ونصف كاخت لاب وام واختين لام وكاخت لاب وام او سدسان
ونصف كبنت وبنت ابن وام او ثلثان وسدس كبنتين وام فالمسئلة
في هذه الصور الثلاث ايضا من ستة والسهام التي اخذت منها خمسة
ففي الصورة الاولى للاخت من الابوين ثلاثة اسهم وللاختين
لام سهمان وقس عليها سائرها فان كان مع الاول الظاهر بالواو اي
مع الجنس الواحد ممن يرد عليه من لا يرد عليه كالزوج والزوجة
اعطي فرضه اي فرض من لا يرد عليه من اقل مخارجه ثم قسم الباقي
من ذلك المخرج على عدد روسهم اي روس من يرد عليه اعني ذلك
الجنس الواحد كما لو كنت تقسم جميع المال على عدد روسهم اذا انفردوا
عمن لا يرد عليه فان استقام الباقي عليهم فبها ونعمت ولا حاجة الى
ضرب كزوج وثلاث بنات للزوج الربع فاعطه من اقل مخارجه الربع

وهو

وهو اربعة فاذا اخذ ربعه وهو سهم بقي ثلاثة اسهم فاذا استقام
على روس البنات والا اي وان لم يستقم الباقي على عدد روس من يرد
عليهم فان وافق روسهم ذلك الباقي فما حصل تصح منه المسئلة ضرب
وفق روسهم اي روس من يرد عليهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج
وست بنات فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه اربعة فاذا اعطيت
الزوج واحدا منها بقي ثلاثة فلا ينقسم على عدد روس البنات الست
لكن بينهما موافقة بالثلث فيضرب وفق عدد روسهن وهو اثنان
في الاربعة تبلغ ثمانية فللزوج منها اثنان وللبنات ستة وان
باين روسهم ذلك الباقي ضرب كل روسهم اي روس من يرد عليهم
فيه اي في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وخمس بنات اصلها
من اثني عشر لاجتماع الربع والثلثين لكنها يرد منها الى الاربعة
التي هي اقل مخرج فرض من لا يرد عليه فاذا اعطينا الزوج منها
واحدا منها بقي ثلاثة فلا يستقيم على البنات الخمس بل بينهما وبين عدد
الروس مباينة فضربنا كل عدد روسهن في مخرج فرض من لا يرد
عليه اي الاربعة فحصل عشرون ومنها تصح المسئلة كان للزوج واحد
ضربناه في المضروب الذي هو خمسة فكان خمسة فاعطيناه اياها وكان
للبنات ثلثه ضربناها في الخمس حصل خمسة عشر فلكل واحد منهن
ثلاثة وان كان مع الثاني اي مع اجتماع جنسين ممن يرد عليه من
لا يرد عليه قسم الباقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد
عليه فان استقام فبها كزوجة واربع جدات وست اخوات لام فان
اقل مخرج فرضه من لا يرد عليه اربعة فاذا اخذت المراة واحدا منها
بقي ثلاثة وهي هاهنا مستقيمة على مسئلة من يرد عليه لانها ايضا
ثلاثة لان حق الاخوات لام الثلث وحق الجدات السدس فللاخوات
سهمان وللجدات سهم واحد ففي هذه الصورة استقام الباقي على
مسئلة من يرد عليه وتمامه في شروح الفرائض فليطالع والا اي وان

لم يستقم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه ضرب
جميع مسئلتهم اي مسئلة من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه
فالمبلغ الحاصل من هذا الضرب مخرج فرض الفريقين كاربع زوجات
وتسع بنات وست جدات فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه وهو ثمانية
فاذا دفعنا ثمنها الى الزوجات بقي سبعة فلا يستقيم على خمسة التي
هي مسئلة من يرد عليه ههنا لان الفرضين ثلثان وسدس بل بينهما
مباينة فيضرب جميع مسئلة من يرد عليه اعني الخمسة في مخرج فرض
من لا يرد عليه وهو الثمانية فيبلغ اربعين فهذا المبلغ مخرج فروض
الفريقين فاذا اردت ان تعرف حصة كل فريق منهما من هذا المبلغ الذي
هو مخرج فروضهما فطريقه ما اشار اليه بقوله ثم يضرب سهام من لا يرد
عليه من اقل مخارج فرضه في مسئلة من يرد عليه فيكون الحاصل نصيب
من لا يرد عليه من المبلغ المذكور ويضرب سهام من يرد عليه من مسئلتهم
فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه فيكون الحاصل نصيب ذلك الفريق
ممن يرد عليه وذلك لان حق كل فريق ممن يرد عليه انما هو في الباقي من
مخرج فرض من لا يرد عليه بقدر سهامهم ففي المسئلة المذكورة للزوجات
من ذلك المخرج واحد فاذا ضربناه في الخمسة التي هي مسئلة من يرد عليه
كان الحاصل خمسة فهي حق الزوجات من اربعين وللبنات اربعة
فاذا ضربناها فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه وهو سبعة بلغ ثمانية
وعشرين فهي لهن من الاربعين وللجدات واحد فاذا ضربناه في السبعة
كانت سبعة فهي للجدات فقد استقام بهذا العمل فرض من لا يرد عليه
وفرض كل فريق ممن يرد عليه وان انكسر سهام المأخوذة من مخرج فروض
الفريقين على البعض او الجميع تصحح المسئلة بالاصول الآتية فصل
في ذوي الارحام ذو الرحم هو في اللغة بمعنى ذي القرابة مطلقا وفي
الشريعة قريب ليس بعصبة ولا ذي سهم مقدر في كتاب الله تعالى
اوسنة رسوله او اجماع الامة ويرث ذو الرحم كما يورث العصبة

عند

عند عدم ذوي السهم وعدم العصبة الا اذا كان ذو السهم احد الزوجين
فيرث معه بعد اخذ فرضه لعدم الرد عليه وانما قيدنا بعدم العصبة
لانه لا يكفي بعدم ذوي السهم بغير هذا التقييد لكان اصوب فمن انفرد
منهم انفرد منهم ليس بصلة انفرد بل بيان لمن احرز جميع المال كان عامة
الصحابة اي اكثرهم رضي الله عنهم يرون توريث ذوي الارحام وهو
مذهبنا وقال زيد بن ثابت لا ميراث لهم ويوضع المال في بيت المال
وبه قال مالك والشافعي لنا قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى
ببعض اوفي بميراث بعض بالنقل وقال عليه السلام الخال وارث
من لا وارث له وروي ان ثابت بن الدحداح مات فقال عليه السلام
لعاصم بن عدي هل تعرفون له فيكم نسبا فقال انه كان فينا غريبا فلا
نعرف له الا ابن اخت هو ابو لبابة بن عبد المنذر فجعل رسول الله صلى
الله عليه وسلم ميراثه له ولان الاصل القرابة سببا لاستحقاق الارث
على ما بيناه الا ان هذه القرابة ابعد من سائر القرابات فتاخرت
عنها والمال متى كان له مستحق لا يجوز صرفه الى بيت المال وكثير من اصحاب
الشافعي منهم ابن سريج خالفوه وذهبوا الى توريث ذوي الارحام وهو
اختيار فقهائهم للفتوى في زماننا لفساد بيت المال وصرفه في غير
المصارف كما في التبيين ويرجحون بقرب الدرجة ثم بقوة القرابة لان
ارثهم بطريق العصوبة فيقدم الاقرب على الابعد ومن له قوة القرابة
على غيره في كل صنف منهم كما في العصبات ثم يكون الاصل وارثا
عند اتحاد الجهة اذا استووا في الدرجة فمن يدلي بوارث اولى من كل
صنف كبنت بنت الابن اولى من ابن بنت البنت وابن بنت الابن اولى
من ابن بنت البنت لان الوارث اقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقدمه
عليه في استحقاق الارث والمدلي بجهتين اولى كبني الاعيان مع بني العلات ت
وان اختلفت جهة القرابة فلقرابة الاب الثلثان ولقرابة الام
الثلث لان قرابة الاب اقوى فيكون لهم الثلثان والثلث لقرابة

الام مثاله ابو ام الاب وابو اب الام وهذا لا يتصور في الفروع وانما
يتصور في الاصول والعمات والاخوال ثم يعتبر الترجيح في كل فريق
كما لو انفرد يعني اذا كان لابي الميت جدات من جهتين وكذلك لامه فلقوم
الاب الثلثان ولقوم الام الثلث كما لو انفرد ثم ما اصاب قوم الاب ثلثاه
لقرابته من جهة ابيه وثلثه لقرابته من جهة امه وكذلك ما اصاب قوم
الام لو انفرد ايضا مثاله ابو ام ابي الاب وابو ابي ام الاب وابو ام اب الام
وابو ابي ام الام وعند الاستواء في القرب والقوة والجهة للذكر مثل حظ
الانثيين لان الاصل في المواريث تفضيل الذكر على الانثى وانما ترك هذا
الاصل في الاخوة والاخوات لام للنص على خلاف القياس ويعتبر
ابدان الفروع المتساوية الدرجات ان اتفقت صفة الاصول في
الذكورة والانوثة كابن البنت وبنت البنت لانه لا كلام لوارث وكذا
ان اختلفت صفة الاصول عند ابي يوسف وحسن بن زياد كبنت ابن
البنت وابن بنت البنت لخلوهم عن ولد الوارث فان كانت الفروع
ذكورا فقط او اناثا فقط تساووا في القسمة وان كانوا مختلفين
فللذكر مثل حظ الانثيين ولا يعتبر في القسمة صفات اصولهم اصلا
وهو رواية شاذة عن الامام وعند محمد يعتبر الصفة من الاصول
والعدد من الفروع ويقسم المال على اول بطن وقع فيه الاختلاف
اي اختلاف الاصول بالذكورة والانوثة للذكر مثل حظ الانثيين
ثم يجعل الذكور من ذلك البطن على حدة ويجعل الاناث على حدة بعد
القسمة على الذكور والاناث فيقسم نصيب كل طائفة على اول بطن
اختلف كذلك ان كان فيما بينها اختلاف في الذكورة والانوثة بان
يكون جميع ما توسط بينها ذكورا فقط او اناثا فقط والا دفع حصة
كل اصل الى فرعه وفي السراجية وشرحه عند محمد يعتبر ابدان الفروع
ان اتفقت صفة الاصول موافقا لهما ويعتبر الاصول ان اختلفت
صفاتهم ويعطي الفروع ميراث الاصول مخالفا لهما كما اذا ترك ابن بنت

وبنت

وبنت بنت عندهما المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين باعتبار الا
اي ابدان الفروع وصفاتهم فثلثا المال لابن البنت وثلثه لبنت
البنت وعند محمد يكون المال بينهما كذلك لان صفة الاصول
متفقة في الانوثة فتعتبر عنده ايضا ابدان الفروع ولو ترك
بنت ابن بنت وابن بنت بنت بهذه الصورة عندهما المال بين الفروع
اثلاثا باعتبار الابدان ثلثاه للذكر وثلثه للانثى كما في الصورة
السابقة وعند محمد يكون المال بين الاصول اعني في البطن الثاني
اثلاثا ثم يكون ثلثاه لبنت ابن البنت لان ذلك نصيب ابيها وثلثه
لابن بنت البنت فانه نصيب امه وكذلك عند محمد اذا كان في اولاد
البنات بطون مختلفة يقسم المال على اول بطن اختلف في الاصول
ثم يجعل الذكور طائفة على حدة والاناث ايضا طائفة اخرى على حدة
بعد القسمة على الذكور والاناث فما اصاب للذكور من اول بطن وقع
فيه الاختلاف يجمع ويعطى فروعهم بحسب صفاتهم ان لم يكن فيما بينهم
وبين فروعهم من الاصول اختلاف في الذكورة والانوثة بان يكون
جميع ما يتوسط بينهما ذكورا فقط او اناثا فقط وان كان فيما بينهما
من الاصول اختلاف فيجمع ما اصاب الذكور ويقسم على اعلى الخلاف الذي
وقع في اولادهم ويجعل الذكور ههنا ايضا طائفة والاناث طائفة
على قياس ما سبق وكذلك ما اصاب الاناث يعطى فروعهن ان لم يختلف
الاصول التي بينهما وان اختلفت يجمع ما اصابهن ويقسم على اعلى الخلاف
الذي وقع في اولادهن وهكذا يعمل الى ان ينتهي وتمامه فيهما ان
شئت فلترجع وبقول محمد وهو اشهر الروايتين عن الامام والقول
الاول لابي يوسف يفتى وذكر بعضهم من مشايخ بخارى اخذوا بقول
ابي يوسف في مسائل ذوي الارحام والحيض لانه ايسر على المفتي ويقدم
جزء الميت اي وترتيبهم كترتيب العصبات فيقدم فروعه وهم اولاد
البنات واولاد بنات الابن وان سفلوا ثم يقدم اصله اي اصوله

الميت وهم الاجداد الفاسدون وان علوا كابي ام البنت ابي امه
والجدات الفاسدات وان علوا كام ابي ام الميت وام ام ابي امه ثم جزء
ابيه وهم اولاد الاخوات وان سفلوا كانت تلك الاولاد ذكورا
واناثا وسوا كانت الاخوات لاب وام او لاب او لام واولاد الاخوة
لام وبنات الاخوة وان سفلن سوا كانت الاخوات من الابوين
او من احدهما ثم بعده جزء جديه وهم العمات والخالات والاخوال
والاعمام لام فانهم اخوة لابيه من امه واعتبر فيهم كونهم لام لان العم
من الابوين او من الاب عصبة وبنات الاعمام مطلقا ثم اولاد هولا
ثم جزء جدا ابيه او امه وهم عمات الاب او الام وخالاتهما واخوالهما
واعمام الاب لام واعمام الام وبنات اعمامهما واولاد اعمام الام وان
جنسهما من ذوي الارحام وروي عن الامام ان اقرب الاصناف الي
الميت واقدمهم في الوراثة عنه هو الصنف الثاني وهم الساقطون
من الاجداد والجدات وان علوا ثم الصنف الاول وان سفلوا ثم الثالث
وان نزلوا ثم الرابع وان بعدوا وروي ابو يوسف والحسن بن زياد عنه
وابن سماعة عن محمد ان اقرب الاصناف الاول ثم الثاني ثم الثالث
ثم الرابع وهو الماخوذ للفتوي وعندهما الثالث وهم اولاد الاخوات
وبنات الاخوة وبنو الاخوة لام مقدم علي الجد ابي الام وتمامه بين في
شروح الفرايض فليطالع **فصل** وكذا في جمع الغريق والهدمي
اي الطايفة التي هدم عليهم جدار وغيره وكذلك الحرقي اذا لم يعلم ايهم
مات اولا كما اذا غرقوا في السفينة معا او وقعوا في النار دفعة او سقط
عليهم جدار او سقف بيت عياذا به تعالي او قتلوا في المعركة ولم يعلم
المتقدم والمتاخر في موتهم جعلوا كانهم ماتوا معا فيقسم مال كل علي
ورثة الاحيا ولا يرث بعض هولا الاموات من بعض هذا هو
المختار عندنا لانه قول ابي بكر وعمر رضي الله عنه وعلي في الرواية
المشهورة واحدي الروايتين عن ابن مسعود ووجهه ان الارث

يبني

يبني علي اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حياة الوارث
بعد الموت فاذا لم يتيقن بوجود الشرط لم يثبت الارث بالشك وفي
احدي الروايتين عن علي وابن مسعود وبه اخذ ابن ابي ليلي يرث
بعضهم من بعض الا من ورث كل واحد منهم من ما ورثه صاحبه فانه لا يرث
منه صورته رجل وابنه انهدم الحايط عليهما فلم يدر ايهما مات اولا
لكل منهما امراة وابن وترك كل منهما ستة عشر دينارا ففي قول الجمهور
تركته بين زوجته وابنه الحي وكذا تركة الابن ان لم يكن زوجة ابيه
امه وان كانت امه فيزداد لها الثلث وعلي القول الاخر تلزم وجه من
تركة الاب الثمن والباقي بين ابنه الحي والميت بالسوية فنصيب الميت
سبعة دنانير واما تركة الابن فلزوجته منها الثمن والباقي للابن
ولابيه السدس والزوجة ابيه ان كانت امه ايضا السدس والباقي للابن في الحالين
فلما اصاب اباه من تركته وهو دينار وثلثا دينار يقسم بين ورثة ابيه
سوي الابن الميت وما اصابه من تركة ابيه وهو سبعة دنانير يقسم
بين ورثته سوي الاب الميت وان اجتمع ابنا عم احدهما اخ لام اعطي
السدس له فرضا ثم اقتسما اي ابنا العم الباقي عصوبة تمام ولا يرث
المجوسي بالانكحة الباطلة اي اذا تزوج المجوسي امه او غيرها من المحارم
لا يرث منها بالنكاح وان اجتمع فيه اي في المجوسي قرابتان لو انفرد
والظاهر لو انفردتا في شخصين ورثا اي الشخصان بهما اي بالقرابتين
يرث ذلك المجوسي الذي اجتمع فيه قرابتان بهما اي بالقرابتين وان
كانت احديهما اي احدي القرابتين تحجب الاخري يرث بالحاجبة يعني
لو اجتمعت في المجوسي قرابتان لو تفرقتا في شخصين حجبت احديهما
الاخري يرث بالحاجبة وان لم تحجب يرث بالقرابتين ويوقف للحمل
نصيب ابن واحد هو المختار وعليه الفتوي وذلك لان من المعتاد
الغالب ان تلد المراة في بطن واحد الا ولدا واحدا فيبني عليه
الحكم ما لم يعلم خلافه وعند ابي يوسف نصيب ابنين وفي السراجية

وعند محمد يوقف نصيب ثلاثة بنين رواه ليث بن سعد لكن هذه
رواية ليست موجودة في شروح الاصل ولا في عامة الروايات
وفي رواية اخرى عنده نصيب ابنين وهو قول الحسن واحدى
الروايتين عن ابي يوسف رواه عنه هشام وروى الخصاف عن ابي
يوسف نصيب ابن واحد كما في الملتقى فعلى هذا الوكالة وعن ابي يوسف
لكان اولى وعند الامام نصيب اربعة بنين وان خرج اكثره اي اكثر
الولد حيا ومات ورث لان الاكثر له حكم الكل فكانه خرج كله حيا وان
خرج اقله وظهر منه شي من هذه العلامات ثم مات فلا يرث
لانه لما خرج اكثره ميتا فكانه خرج كله ميتا وان خرج مستقيما وهو
ان يخرج راسه اولا فالمعتبر صدره يعني اذا خرج صدره كله ورث وان
خرج منكوسا وهو ان يخرج رجله اولا فالمعتبر سرته فان لم يخرج
السرة لم يرث فصل في المناسخة المناسخة هي مفاعلة من النسخ
بمعنى النقل والتحويل والمراد بها ههنا ان ينتقل نصيب بعض الورثة
بموته قبل القسمة الى من يرث منه وعن هذا قال ان يموت بعض
الورثة قبل القسمة فان كان ورثة الميت الثاني من عداه ورثة
الميت الاول فلم يقع في القسمة تغير فانه يقسم حينئذ واحدة
اذ لا فائدة في تكرار القسمة كما اذا ترك بنين وبنات من امراة واحدة
ثم ماتت واحدة من البنات ولا وارث لها سوى تلك الاخوة لاب
وام فانه يقسم مجموع التركة بين الباقين للذكر مثل حظ الانثيين
قسمة واحدة كما كانت تقسم بين الجميع كذلك فكان للميت الثاني لم يكن
في البين وان وقع تغير في القسمة بين الباقين كما اذا ترك ابنا
من امراة وثلاث بنات من امراة اخرى ثم ماتت احدى البنات
وخلفت هولاء اعني الاخ لاب والاخوات من الابوين او كان ورثة
الميت الثاني غير ورثة الميت الاول كزوج وبنت وام فمات الزوج
قبل القسمة عن امراة وابوين ثم ماتت البنت قبلها ايضا عن ابنة
وبنت

وبنت وجدة هي ام المراة التي ماتت اولا ثم ماتت هذه الجدة عن زوج
واخوين فصحح المسئلة الاولى ويعطى سهام كل وارث من هذه التصحيح
ثم صحح المسئلة الثانية وتنظر بين ما في يده من التصحيح الاول وبين
التصحيح الثاني في ثلاثة احوال هي المماثلة والموافقة والمباينة فان
استقام بسبب المماثلة نصيب الميت الثاني من فريضة الميت الاول
على مسئلته فبها ونعمت لان تصحيح الاولى بمنزلة اصل المسئلة هنا ك
والتصحيح الثاني ههنا بمنزلة رؤوس القوم عليهم ثمة وما في يد الميت
الثاني بمنزلة سهامهم من اصل المسئلة ففي صورة الاستقامة تصح
المسئلتان من التصحيح الاول كما اذا مات الزوج في المثال المذكور عن
امراة وابوين لان اصلها اثنا عشر لاجتماع الربع والنصف والسدس
فاذا اخذ الزوج منها ثلاثة والبنت ستة والام اثنين يبقى منها واحد
يجب ردها على البنت والام بقدر سهامهما فاذا رددنا المسئلة الى اقل
مخارج فرض من لا يرد عليه صارت اربعة واذا اخذ الزوج منها واحدا
بقي ثلاثة فلا ينقسم على الاربعة التي هي سهام البنت والام بل بينهما
مباينة فنضرب هذه السهام التي هي بمنزلة الرؤوس في ذلك الاقل فيحصل
ستة عشر فللزوج منها اربعة وللبنت تسعة وللام ثلاثة ثم
تلك الاربعة التي هي للزوج منقسمة على ورثته المذكورين فلزوجته واحد
منها ولامه ثلث ما بقي وهو ايضا واحد ولابيه اثنان فاستقام ما
في يد الزوج من التصحيح الاول على التصحيح الثاني وصحت المسئلتان
من التصحيح الاول وان لا اي وان لم ينقسم نصيب الميت الثاني من
فريضة الاول على مسئلته فاضرب وفق التصحيح الثاني في جميع
التصحيح الاول ان وافق نصيبه مسئلته لان في التصحيح اذا انكسر
سهام طائفة واحدة عليهم وكان بين سهامهم ورؤوسهم موافقة
يضرب وفق عدد الرؤوس في اصل المسئلة فكذا ههنا يضرب وفق
التصحيح الثاني الذي هو بمنزلة الرؤوس هناك في التصحيح الاول

العام هېنا مقام اصل المسئلة فيحصل به ما يصح منه المسئلتان كما اذا
ماتت البنت ايضا في ذلك المثال وخلفت كما ذكر ابنين وبنتا وجدة
فان ما في يدها من التصحيح الاول تسعة وتصحيح مسئلتها من
ستة وبينهما موافقة بالثلث فيضرب ثلث الستة وهو اثنان في
ستة عشر فالمبلغ وهو اثنان وثلاثون مخرج المسئلتين وتمامه
في السيد الشريف والا اي وان لم يوافق نصيبه مسئلة فاضرب كل
التصحيح الثاني في كل التصحيح الاول على قياس ما في باب التصحيح
وعلى تقدير المباينة بين رؤس الطائفة وبين سهامهم فالحاصل
من الضرب مخرج المسئلتين كما اذا ماتت في ذلك المثال الجدة التي
هي ام المراة المتوفاة اولا وخلفت زوجا واخوين فان ما في يدها
تسعة كما عرفت انفا وتصحيح مسئلتها اربعة وبين التسعة والا ربعة
مباينة فاضرب الاربعة في التصحيح السابق اعني اثنين وثلاثين
يبلغ مائة وثمانية وعشرين فهي مخرج المسئلتين وتمامه في
السيد الشريف ثم اضرب سهام ورثة الميت الاول من تصحيح مسئلته
في وفق التصحيح الثاني على تقدير الموافقة او كله على تقدير المبا ينة
فيكون الحاصل من ضرب سهام كل وارث منهم في هذا المضروب
نصيبه من المبلغ المذكور والسبب فيه ان التصحيح الثاني او وفقه
هېنا بمنزلة المضروب في اصل المسئلة ثمة واضرب سهام ورثة
الميت الثاني من تصحيح مسئلته في وفق ما في يده على تقدير الموا فقة
او في كله على تقدير المباينة فما خرج فهو اي الحاصل من هذا
الضرب نصيب كل فريق لاحق ورثة الميت انما هو ما في يده فضا
سهام كل واحد منهم مضروبة فيه فان مات ثلاثة من الورثة
قبل القسمة فاجعل المبلغ الذي صح منه المسئلة الاولى والثانية
مكان الاول والثالث مكان الثاني في العمل كان الميت الاول
والثاني هېنا واحدا فيصير الميت الثالث ميتا ثانيا

وكذا

وكذا ان تعمل ان مات رابع او خامس وهلم جرا الى غير النهاية فانه
لما صار تصحيح الميت الاول والثاني والثالث تصحيحا واحدا
صاروا كلهم ميتا واحدا فيصير الميت الرابع ميتا ثانيا وكذا الحال
اذا صار تصحيح اربعة من الموتى تصحيحا واحدا كانوا بمنزلة ميت
واحد وصار الخامس ميتا ثانيا وهكذا الى ما لا يتناهى وتفصيل
هذا الباب في شروح الفرائض للسيد فليراجع حساب الفرائض
الفروض الستة المذكورة في كتاب الله تعالى نوعان على التنصيف
ان بدات بالاكثر او على التضعيف ان بدات بالاقل فثلاثة منها نوع
وثلاثة اخرى نوع اخر الاول النصف ونصفه اي نصف النصف
وهو الربع ونصف نصفه اي نصف الربع وهو الثمن والنوع الثاني
الثلثان ونصفهما اي نصف الثلثين وهو الثلث ونصف نصفهما
اي نصف نصف الثلثين وهو السدس والنصف يخرج من اثنين
والربع من اربعة والثمن من ثمانية والثلثان والثلث من ثلاثة
والسدس من ستة مخرج كل فرض من هذه الفروض سميه من الاعداد
اذ الربع سمي الاربعة وكذا الباقي الا النصف فانه من اثنين
والاثنان ليس سميا للنصف فان كان في المسئلة النصف فقط كما
فيمن خلف بنتا واخا لاب وام فهي من اثنين وان كان فيها الربع وحده
كما فيمن تركت الزوج مع الابن كانت من اربعة وان كان فيها الثمن فقط
كما فيمن تركت الزوجة والابن كانت من ثمانية وان كان فيها الثلث
وحده كما اذا تركت اما واخا لاب وام او كان فيها الثلثان فقط كما
اذا تركت بنتين وعما فهي من ثلاثة وان كان فيها السدس فقط
كما اذا تركت ابا وابنا فهي من ستة وان اختلط النصف من النوع
الاول بالنوع الثاني كله اي بالثلثين والثلث والسدس كما اذا تركت
زوجا واما واختين لاب وام واختين لام او اختلط ببعض اي
ببعض النوع كما اذا اختلط النصف بالثلث فقط او بالثلثين فقط

او بالسدس وحده او بالثلث والثلثين معا او بالثلثين والسدس معا
او بالثلث والسدس معا فمن ستة اي فالمسئلة من ستة لان مخرج
النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة فكلاهما داخلان في
الستة فهي مخرج النصف المختلط بفروض النوع الثاني على جميع
الوجوه المذكورة وايضا بين مخرج النصف والثلث مباينة فاذا
ضرب احدهما في الاخر حصل ستة فهي مخرج لهما او اختلط الربع من
النوع الاول بكل النوع الثاني او بالثلثين والثلث والسدس
كما اذا خلفت زوجة واما واختين لاب وام او ببعضه كما اذا اختلط
بالثلثين فقط كزوج وبنتين او بالثلث فقط كزوجة وام او
بالسدس فقط كزوجة وواحد من اولاد الام او اختلط بالثلثين
والسدس معا كزوجة وام واختين لاب وام او بالثلثين والثلث
كزوجة واختين لاب وام واختين لام او بالثلث والسدس معا كزوجة
وام واختين فمن اثني عشر اي فالمسئلة من اثني عشر لان مخرج اقل
جزء من النوع الثاني هو الستة وقد دخل فيه مخرج الثلث والثلثين
فاكتفينا بها مخرجا للكل او اختلط الثمن من النوع الاول بكل
النوع الثاني اي بالثلثين والثلث والسدس وهذا الاختلاط انما
يتصور على راي ابن مسعود رضي الله عنه واما على راينا فهو غير
متصور كما قرر في موضعه او ببعضه كما اذا اختلط بالثلثين والسدس
او بالثلث والسدس على رايه او بالثلثين والثلث على رايه او بالثلثين
فقط او بالسدس او بالثلث فقط فمن اربعة وعشرين فالمسئلة من
اربعة وعشرين لان مخرج اقل جزء من النوع الثاني هو الستة
التي دخل فيها مخرج الثلث والثلثين فوجب الاكتفاء بها كما عرفت
وبين الستة ومخرج الثمن اعني الثمانية موافقة بالنصف فضربنا نصف
احديهما في كل الاخرى يحصل اربعة وعشرون وايضا بين مخرج الثلث
والثلثين ومخرج الثمن مباينة فضربنا الكل في الكل فصار

الحاصل

الحاصل ايضا اربعة وعشرين فمنه مخرج الفروض المختلط بالثمن واذا
انكسر سهام فريق عليهم اي على الورثة من ذلك الفريق وباينت سهامهم
اي سهام من انكسر عليهم عددهم فاضرب عددهم اي كل عدد روس من
انكسر عليهم السهام في اصل المسئلة ان لم تكن عايلة وفي اصلها مع عولها
ان كانت عايلة كامراة واخوين اصل المسئلة من اربعة فاذا اخذت
المراة منها واحدا بقي ثلاثة ولا يستقيم على الاخوين وبينهما مباينة فضربنا
الاثنين في اصل المسئلة فحصل ثمانية فالمراة من اصل المسئلة واحد ضربنا ها
في الاثنين فلم يتغير لا اثنان لها وللاخوين من اصل المسئلة
ثلاثة ضربناها في الاثنين فصار ستة فلكل واحد منهما ثلثة وان
وافق سهامهم عددهم فاضرب وفق عددهم اي عدد روس من انكسر
عليهم السهام في اصل المسئلة ان لم تكن عايلة وفي اصلها مع عولها
ان كانت عايلة كامراة وستة اخوة اصل المسئلة اربعة واذا
اخذت المراة واحدا منها يبقى ثلاثة لا يستقيم على الستة وبينهما موافقة
بالثلث فضربنا وفق عددهم وهو اثنان في اصل المسئلة وهو اربعة
فيكون ثمانية كان للزوج واحد فضرب في اثنين فيكون اثنين وللاخوة
ثلاثة فضرب في الاثنين يكون ستة لكل واحد منهم سهم فاذا انكسر
سهام فريقين او اكثر وتماثلت اعداد روسهم فاضرب احد الاعداد
في اصل المسئلة حتى يحصل ما تصح به المسئلة على جميع الفرق كثلاث
بنات وثلاثة اعمام اصل المسئلة ثلاثة اثنان منها للبنات وواحد
للاعمام فينكسر على الفريقين لكن بين اعداد روس البنات واعداد
روس الاعمام تماثل فيضرب عدد احدهما وهو ثلاثة في اصل المسئلة
فيكون تسعة الثلثان منها ستة وهي حق البنات الثلث والباقي وهو
ثلاثة للاعمام وان تداخلت الاعداد فاضرب اكثرها اي اكثر الاعداد
في اصل المسئلة حتى يحصل ما تصح منه المسئلة كاربع زوجات وثلاث
جدات واثني عشر عما اصلها من اثني عشر للزوجات الربع وهو ثلاثة

ولا يستقيم عليه وللجدات السدس وهو سهمان ولا يستقيم عليه ايضا
وللاعمام الباقي وهو سبعة لا موافقة بين الاعداد والسهام لكن الاعداد
متداخلة فنضرب اكثرها وهو اثنا عشر في اصل المسئلة وهو اثنا عشر
فيكون مائة واربعة واربعين كان للزوجات ثلاثة فنضرب في اثني
عشر فيكون ستة وثلاثين وللجدات سهمان فنضربان ثلاثة في اثني
عشر فيكون اربعة وعشرين وللاعمام سبعة فنضرب في اثني عشر فيكون
اربعة وثمانين وان وافق بعض الاعداد بعضا فاضرب وفق احدها
في جميع الثاني واضرب المبلغ في الرابع كذلك اي في وفقه ان وافق
والا ففي جميعه ثم اضرب الحاصل في اصل المسئلة حتى يحصل ما تصح
به المسئلة كاربع زوجات وخمس عشرة جدة وثماني عشرة بنتا
وستة اعمام اصلها من اربعة وعشرين للزوجات الثمن وهو ثلاثة
ولا يستقيم عليهن ولا توافق وللجدات السدس وهو اربعة ولا يستقيم عليهن
ولا توافق وللبنات الثلثان وهو ستة عشر ولا يستقيم عليهن وبين
رؤوسهن وسهامهن موافقة بالنصف فرجع الى النصف وهو تسعة
وبقي للاعمام سهم فنفذ اربعة وخمسة عشر وتسعة وستة ثم طلبنا
بينهما التوافق فوجدنا الاربعة للستة بالنصف فرددنا احدهما
الى نصفها وضربناه في الاخرى صار المبلغ اثني عشر وهو موافق
للتسعة بالثلث فضربنا ثلث احدهما في جميع الاخرى صار المبلغ ستة
وثلاثين وبين هذا المبلغ الثاني وبين خمسة عشر موافقة بالثلث
ايضا فضربنا ثلث خمسة عشر وهو خمسة في ستة وثلاثين فحصل مائة
وثمانون ثم ضربنا هذا المبلغ الثالث في اصل المسئلة اعني اربعة
وعشرين فصار الحاصل اربعة الاف وثلث مائة وعشرين وتمامه في
شروح الفرائض فليطالع وان تباينت الاعداد فاضرب كل احدها في
جميع الثاني ثم المبلغ في الثالث ثم المبلغ في الرابع ثم اضرب الحاصل
في اصل المسئلة حتى يحصل ما تصح منه المسئلة كامرأتين وعشر

وست

وست جدات وسبعة اعمام اصلها ايضا اربعة وعشرون فللزوجتين
الثمن وهو ثلاثة لا يستقيم عليهما وبين رؤوسهن وسهامهن مباينة
فاخذنا عدد رؤوسهن وللجدات السدس وهو اربعة لا يستقيم عليهن
وبين عدد رؤوسهن وسهامهن موافقة بالنصف فاخذنا النصف
عدد رؤوسهن وللبنات الثلثان وهو ستة عشر لا يستقيم عليهن
وبين رؤوسهن وسهامهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف عدد رؤوسهن
وللاعمام الباقي وهو واحد لا يستقيم عليهم وبينه وبين عدد رؤوسهم
مباينة فحصل معنا من الاعداد المأخوذة للرؤوس اثنان وثلاثة وخمسة وسبعة
وهي كلها اعداد متباينة فضربنا الاثنين في الثلاثة صارت ستة
ثم ضربنا هذا المبلغ في خمسة فصار ثلثين ثم ضربنا الثلثين في سبعة
فحصل مائتان وعشرة ثم ضربنا هذا المبلغ في اصل المسئلة وهو اربعة
وعشرون فصار المجموع خمسة الاف واربعين فمنه يستقيم المسئلة
على جميع الطوائف هذا اذا لم تكن المسئلة عائلة واما اذا كانت المسئلة
عائلة فاضرب ما ضربته في الاصل مع العول في جميع ذلك على
ما ذكرناه في المسائل المذكورة

فصل

وتداخل العددين يعرف
بان يطرح الاقل من الاكثر مرتين او اكثر فيفنيه اي يفني الاقل الاكثر
كالثلاثة والستة او يقسم الاكثر على الاقل فينقسم قسمة صحيحة اي قسمة
لا كسر فيها كالستة فانها منقسمة على الثلاثة وعلى الاثنين ايضا بلا
كسر فيصيب من الستة كل واحد من الثلاثة اثنان ومن الاثنين ثلاثة
وقس على ذلك سائر المتداخلين والسبب فيه انه اذا عد عدد ما هو اكثر
منه كان الاكثر مثل الاقل او امثاله فيصيب بالقسمة كل واحد من
احاد الاقل احاد صحيحة بعدد امثال الاقل في الاكثر ثم مثل المتدا خلين
بقوله كالخمسة مع العشرين لانك اذا طرحت الخمسة من العشرين
اربع مرات افنيت العشرين فهما متداخلان وكذا اذا قسمت العشرين
على الخمسة يجيء اربعة اقسام صحيحة او نقول المتداخل هو ان يزيد

الا قل مثله او امثاله فيساوي الاكثر وان يكون الاقل جزءا للاكثر
جزءا مفردا من الاكثر تداخل بين الستة والتسعة وان كانت
الستة ثلثي التسعة لانها ليست جزءا مفردا ومن شرط التداخل
ان لا يكون الاول زوجا مع كون الاكثر فردا وان لا يزيد الاقل على
نصف الاكثر ويعرف توافقهما اي العددين في جزء كالنصف ونظائره
بان ينقص الاقل من الاكثر من الجانبين حتى يتوافقا في مقدار
فان توافقا في واحد فهما متباينان كالخمسة مع السبعة والتسعة
واحد عشر مع عشر وان توافقا في اكثر من واحد فهما متوافقان
فان كان الاكثر اثنين فهما متوافقان بالنصف كثمانية
عشر مع الثمانية فانه اذا القيت من ثمانية عشر ثمانية
مرتين بقي منها اثنان ثم اذا القيت من الثمانية ثلاث مرات بقي منها ايضا
اثنان فهما متوافقان بالنصف وان كان الاكثر ثلاثة
فبالثلث كما في التسعة والاثني عشر او كان الاكثر اربعة
فبالربع كالثمانية والاثني عشر هكذا الى العشرة اي يكون
التوافق في الاعداد التي هي العشرة وما دونها بواحد من
الكسور التسعة المشهورة وهي النصف الى العشرة ويسمى
هي مع ما يتركب منها بالاضافة او التكرير بالكسور المنطقة
وان توافقا في احد عشر كاثنين وعشرين مع ثلاثة وثلاثين
فبجزء من احد عشر اي فهما متوافقان بجزء من احد عشر وهلم جرا
اي ان توافقا في ثلاثة عشر يتوافقان بجزء من ثلاثة عشر
كستة وعشرين وتسعة وثلاثين فان العاد لهما ثلاثة عشر وخمسة
عشر يتوافقان بجزء من خمسة عشر كثلاثين مع خمسة واربعين
فان الخمسة عشر يعدهما فانهما متوافقان بجزء منها وان اردت
معرفة نصيب كل فريق كالبنات والجدات والزوجات
والاعمام وغيرها من التصحيح الذي استقام على الكل
فاضرب

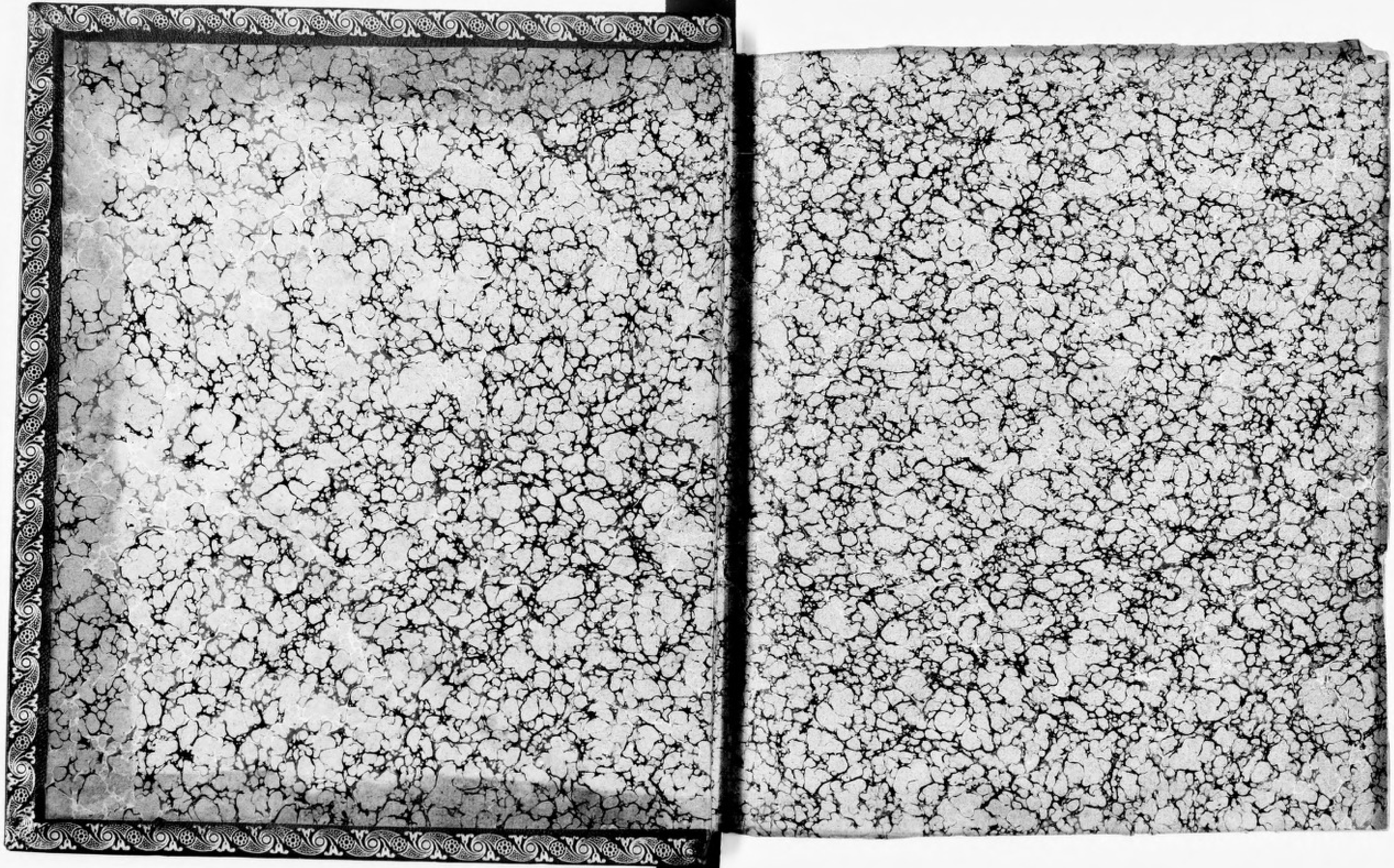
فاضرب ما كان له اي لكل فريق من اصل المسئلة فيما ضربته في
اصل المسئلة اي في المضروب الذي ضربته في اصلها فما خرج
من هذا الضرب فهو نصيبه اي نصيب ذلك الفريق وكذا العمل
في معرفة نصيب كل فرد من افراد ذلك الفريق من التصحيح
وان شئت سهام كل فرد من اصل المسئلة فانسب سهام كل
فريق من اصل المسئلة الى عدد رؤسهم مفردا عن اعداد رؤس
غيرهم ثم اعط بمثل ذلك النسبة من المضروب لكل فرد منهم من
افراد ذلك الفريق وان اردت قسمة التركة بين الورثة او الغرما
الواو الفاصلة ههنا مستعارة لاو الفاصلة اذ لا يتصور
القسمة بين الطائفتين معا لان التركة ان وفت بجميع
الديون فلا قسمة بين الغرما والا فلا قسمة بين الورثة
فانظر بين التركة والتصحيح فان كان بينهما موافقة فاضرب
سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة ثم اقسم المبلغ
الحاصل من هذا الضرب على وفق التصحيح فما خرج فهو
نصيب ذلك الوارث مثاله زوج وام واختان لاب وام
اصلها من ستة وتعول الى ثمانية فللزوج منها ثلاثة وللام
واحد ولكل من الاختين سهمان فان فرض ان جميع التركة
خمسون دينارا يكون بين التصحيح والتركة موافقة
بالنصف فضرب سهم الزوج من التصحيح وهو ثلاثة في
وفق التركة وهو خمسة وعشرون يبلغ خمسة وسبعين
ثم يقسم الخمسة والسبعين على وفق التصحيح وهو اربعة
فيكون للزوج من التركة ثمانية عشر دينارا وثلاثة
ارباع دينار ويضرب سهم الام من التصحيح وهو واحد
في خمسة وعشرين وهو وفق التركة فيكون خمسة
وعشرين ثم تقسمها على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون

للام ستة دنانير وربع دينار وتضرب سهم كل من الاختين
وهو سهمان في وفق التركة فيبلغ خمسين ثم تقسمها على
وفق التصحيح وهو اربعة فيكون لكل واحد من الاختين
اثني عشر دينارا ونصف دينار وان لم يكن بينهما موافقة
فاضرب سهم كل وارث في جميع التركة ثم اقسم المبلغ الحاصل
على جميع التصحيح فما خرج من هذه القسمة فهو نصيبه
اي نصيب ذلك الوارث كما اذا فرض ان جميع التركة خمسة
وعشرون دينارا كان بينها وبين التصحيح الذي هو ثمانية
مباينة فاذا اردت ان تعرف نصيب كل وارث من هذه
التركة فاضرب نصيب الزوج من التصحيح وهو ثلاثة
في كل التركة يحصل خمسة وسبعون ثم اقسم هذا المبلغ على
التصحيح اعني ثمانية يخرج تسعة دنانير وثلاثة اثمان
دينار فهذه نصيب الزوج واضرب ايضا نصيب الام من
التصحيح وهو واحد في جميع التركة فيكون الحاصل خمسة
وعشرين فاذا قسمتها على الثمانية خرج ثلاثة دنانير وثمن
دينار فهي نصيب الام واضرب نصيب كل اخت من التصحيح
وهو اثنان في كل التركة يحصل خمسون فاذا قسمت هذا
الحاصل على الثمانية خرج ستة دنانير وربع دينار فهو نصيب
كل اخت من التركة وكذا العمل لمعرفة كل فريق من الورثة
يعني فاضرب ما كان لكل فريق من اصل المسئلة في وفق التركة
ثم اقسم المبلغ الحاصل من هذا الضرب على وفق تصحيح المسئلة
ان كان بين التركة وتصحيح المسئلة موافقة وان كان بينهما
مباينة فاضرب ما كان لكل فريق في كل التركة ثم اقسم الحاصل
على جميع تصحيح المسئلة فالخارج نصيب ذلك الفريق
في الموافقة والمباينة وتمامه في السيد فليطالع ثم
وفي

وفي القسمة بين الغرما اجعل مجموع الديون كالتصحيح وكل دين
من ديون الغرما كسهام الوارث ثم اعمل العمل المذكور
فان كانت للميت غريمان لكل منهما ثلاثة الاف وستة غرما
لكل منهم الفان وكانت التركة عشرين كان بين جميع الديون
وذلك ثمانية عشر وبين التركة موافقة نصفية فتضرب
الثلاثة التي كانت لكل من الغريمين في نصف التركة وذلك
عشرة تبلغ ثلاثين وتقسم على نصف الديون وذلك تسعة
فالخارج وذلك ثلاثة وثلث نصيب كل منهما فيكون لكليهما
ستة وثلثان وتضرب الاثنان اللذان كانا لكل من الغرما
الستة في العشرة يبلغ عشرين وتقسم على التسعة فالخارج
وذلك سهمان وتسعان نصيب كل منهم فيكون للغرما الستة
اثني عشر سهما واثني عشر تسعا وذلك سهم وثلث سهم فاذا اضمت
ثلاثة عشر وثلثا الى ستة وثلثين يبلغ عشرين وان كانت
التركة تسعة عشر فبينها وبين جميع الديون مباينة فتضرب
ثلاثة كل من الغريمين في تسعة عشر يبلغ سبعة وخمسين
فتقسم على ثمانية عشر فالخارج وهو ثلاثة اسهم وتسع
ونصف تسع لكل منهما فيكون لكليهما ستة اسهم وثلاثة
اتساع وذلك ثلث سهم فيضرب سهما كل من الغرما الستة اثني
عشر وستة اتساع سهم وذلك ثلثان فاذا ضمت اثني عشر
وثلاثين الى ستة وثلث يبلغ تسعة عشر ومن صالح من الورثة
او الغرما على شيء معلوم منها اي من التركة فاطرح نصيبه من
التصحيح او الديون واقسم الباقي على سهام من بقي من الورثة
او على ديونهم اي ديون من بقي من الغرما مثاله زوج وام
وعم فلها نصف وللام الثلث وما بقي فاصلها وتصحيحها من
ستة فاذا صالح الزوج على شيء مما في ذمته من المهر

وخرج من البين تطرح سهامه من التصحيح وذلك ثلاثة ويقسم
ما في التركة على سهام الباقين على ما كان فكلا ثلثاه للام
وثلثه للعم قال الفقير بريد المولى الفاضل روح الله روحه
وزاد في اعلى غرف الجنان متوجه نفسه النفيسة هذا آخر
كتاب سماه ملتقى الابحر فلم آل من الالو وهو التقصير جهدا
اي لم امنعك جهدا في عدم ترك شيء من مسائل الكتب الاربعة
وهي القدوري والمختار والكنز والوقاية كما مر في الخطبة والتمس
على صيغة المتكلم من الالتماس من الناظر فيه اي في هذا
الكتاب ان اطلع على الاخلال بشيء منها اي من مسائل كتب
الاربعة بان لا يذكره في محله ان يلحقه مفعول التمس بمحله
فان الانسان محل النسيان سمي الانسان لانه الناسي
وذلك مثل اول الناس ولكن اهو عايب ذلك اي الالحاق
بمحله الاصلي بعد التامل في مظان تلك المسئلة اي بعد التامل
في مواضع نظير تلك المسئلة منها فانه ربما ذكرت على بناء
المجهول بعض المسائل في بعض الكتب المذكورة في موضع
وفي غيره في موضع آخر فاكتفيت بذكرها اي بذكر تلك
المسئلة في احد الموضعين فيظن ان هذا ليس بمحله لكن بعد
التامل يظهر وجهه ثم اني زدت فيه مسائل كثيرة من
الهداية ومن مجمع البحرين قال في الخطبة وبنبذة من الهداية
فيكون مناقضا لما قال هنا لكن اسقطنا التوفيق بينهما
ثمه ثم حاجة الى التذكرة فلم اذكر شيئا من غيرهما اي غير الهداية
ومجمع البحرين حتى يسهل الطلب على من اشتبه عليه صحة شيء
مما ليس في الكتب الاربعة والله حسبي اي كافي ونعم الوكيل
وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه اجمعين
وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين

الحمد

الحمد لله على الكمال والتمام والصلاة والسلام على افضل الرسل
الكرام محمد سيد الانام وعلى اله وصحبه العظام ما بقي على وجه
الارض علما الاعلام نعوت الله العزيز الجليل وعليه الاعتماد والتعويل
في ان يهديني سواء السبيل ويجعلني من رحمته في ظل ظليل ويعصمني
عن مزلة الافهام ويثبتني يوم تزول الاقدام انه قريب مجيب
وما توفيقي الا بالله عليه توكلت واليه انيب وقع الاتمام والاختتام
ببلدة ادرنه صانها الله عن البلية قاضيا بالعسكر المنصورة
في ولاية روم ايلي المعمورة راجيا من الله عز وجل العفو عما وقع
مني فيه من القصور والخبط والذلل وذلك في ليلة الخميس في
اليوم التاسع عشر من جمادى الاخر من شهور سنة سبع وسبعين
والف من الهجرة النبوية منزله العز والشرف اللهم اجعله لي ذخرا
نافعا وخيرا باقيا بحرمة جميع الانبيا والمرسلين خصوصا بحرمة
حبيبك محمد المصطفى صلوات الله وسلامه عليه وعليهم
اجمعين ولا عدوان الا على الظالمين والحمد لله
رب العالمين ووافق الفراغ من كتابة
هذه النسخة المباركة يوم الاثنين
المبارك تاسع عشر رجب الاصم
من شهور سنة ستة عشر
ومايتين والف على يد
الفقير الى الله الشيخ
محمد بن الشيخ محمد
غفر الله له
ولوالديه
آمين

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R.F.
MANUSCRITS